Das Wesen des Rechts zum Besitz unter besonderer Berücksichtigung seiner Bedeutung im Konkurse und in der Zwangsvollstreckung

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der juristischen Fakultät

der

Friedrichs Alexander-Universität

zu Erlangen

vorgelegt von

Rudolf Nöthen

aus Koblenz

Referendar am Landgericht zu Koblenz

Approbiert am 11. Juli 1930

Görres-Druckerei, GmbH., Koblenz

1930

20-216

Das Wesen des Rechts zum Besitz unter besonderer Berücksichtigung seiner Bedeutung im Konkurse und in der Zwangsvollstreckung

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der juristischen Fakultät

der

Friedrichs Alexander-Universität

zu Erlangen

vorgelegt von

Rudolf Nöthen

aus Koblenz

Referendar am Landgericht zu Koblenz

Approbiert am 11. Juli 1930

Görres-Druckerei, GmbH., Koblenz

1930

Referent:
Geh. Just.-Rat Univ.-Prof. Dr. K ü b l e r

R. UNIV
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinem Vater

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548605_0024

Inhaltsverzeichnis.

Erster Abschnitt.

Seite

A. Das Wesen des Rechts zum Besitze nach der Terminologie des § 986 B.G.B. 9

B. Die aus der — dem Wortlaut des § 986 B.G.B. angepaßten — Konstruktion des Rechts zum Besitz folgenden Widersprüche innerhalb des Gesetzes 10

I. zwischen § 986 Abs. I Satz 1 und § 986 Abs. I Satz 2 B.G.B. 10

II. zwischen § 986 Abs. I Satz I und § 1004 Abs. 2 B.G.B. . . . 11

III. zwischen § 986 und § 1007 B.G.B. 11

C. Die praktische Bedeutung des Rechts zum Besitze auf Grund seiner Konstruktion in § 986 B.G.B. 13

I. im Zivilprozeß bei Terminsversäumnis durch den aus § 985 B.G.B. beklagten Besitzer 13
1. im Falle eigener, ... 13
2. im Falle fremder Besitzberechtigung. 14

II. für den im Besitz des Kaufobjekts befindlichen Käufer . . . 16
1. im Falle der Konkurseröffnung gegen den Verkäufer . . . 16
a) einer Mobilie 16
aa) bei Eigentumsvorbehalt zu Gunsten des Verkäufers (Fall I), ... 16
bb) bei Uebergabe ohne dingliche Einigung (Fall II). . . 18
b) einer Immobilie 19
aa) nach der Auflassung (Fall III), ... 19
bb) vor der Auflassung (Fall IV). 20

2. Im Fall der Einzelzwangsvollstreckung gegen den Verkäufer 22
a) einer Mobilie 22
aa) bei Eigentumsvorbehalt zu Gunsten des Verkäufers (Fall V), ... 22
bb) bei Uebergabe ohne dingliche Einigung (Fall VI). 24
b) einer Immobilie 24
aa) nach der Auflassung (Fall VII) 24
bb) vor der Auflassung (Fall VII) 24

Zweiter Abschnitt.

Seite

A. Der Ursprung des Rechts zum Besitz aus dem Eigentum; sein Wesen als selbständiges absolutes Recht 31

B. Die Möglichkeit der vertraglichen Begründung eines selbständigen absoluten Rechts zum Besitz 33

I. Seine Trennbarkeit aus dem Eigentum und Uebertragungsfähigkeit 33

1. auf die zum unmittelbaren Besitz berechtigten Inhaber einzelner beschränkter Sachenrechte, ... 33

2. auf die obligatorisch zum Besitz berechtigten Personen . . 36

II. Die Vereinbarkeit der Annahme eines absoluten Rechts zum Besitze mit dem geltenden Recht, insbesondere 36

1. mit § 986 Abs. I Satz 1 und § 1004 Abs. II B.G.B. 36

2. mit § 986 Abs. II und § 571 B.G.B. 38

3. mit § 931 B.G.B. 40

III. Die Bedeutung der Besitzeinräumung als Uebertragung des Rechts zum unmittelbaren Besitze 41

IV. Die grundsätzliche Anerkennung des Rechts zum unmittelbaren Besitze als selbständiges absolutes Recht durch die herrschende Lehre 49

Dritter Abschnitt.

Die aus der Anerkennung eines selbständigen absoluten Rechts zum unmittelbaren Besitze sich ergebenden Folgerungen:

A. Die Wirkung der Grundstücksvermietung bezw. -verpachtung . . 51

I. versagt gegenüber dem Vormerkungsgläubiger (§ 883 Abs. II); 51

II. durch den Scheineigentümer erstreckt sich auch gegen den wahren Eigentümer (§ 893) 51

B. Die Möglichkeit eines Versäumnisurteils gegen den beklagten Besitzer ist ausgeschlossen, wenn sich aus dem Klagevortrag ergibt, daß der Kläger des Rechts zum unmittelbaren Besitze entbehrt. 52

C. Der Schutz des im Besitze des Kaufobjekts befindlichen Käufers 53

I. Im Konkurs des Verkäufers (Eigentümers) 53

1. einer Mobilie 53

a) bei Eigentumsvorbehalt zu Gunsten des Verkäufers (Fall I) 53

b) bei Uebergabe ohne dingliche Einigung (Fall II) 57

2. eines Grundstücks (Fall II und IV) 61

II. im Vollstreckungsverfahren gegen den Verkäufer (Eigentümer) 65

1. einer Mobilie (Fall V und VI) 65

2. einer Immobilie (Fall VII) 65-74

Literatur-Verzeichnis.

Kommentare zum Bürgerlichen Gesetzbuch:

Das bürgerliche Gesetzbuch, erläutert von Reichsgerichtsräten. 1928. (R.G.R.K.)

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Allgemeiner Teil 1925
Allgemeiner Teil der Schuldverhältnisse 1930
Sachenrecht Band I und II. 1925

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Das Recht der Schuldverhältnisse,
Allgemeiner Teil 1914
Besonderer Teil 1928
Sachenrecht 1920.

Oertmann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Das Recht der Schuldverhältnisse
I. Abteilung 1928
II. Abteilung 1929.

Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Allgemeiner Teil und Recht der Schuldverhältnisse 1930.

Biermann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Sachenrecht 1914.

Rosenberg, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Sachenrecht 1918.

Lehrbücher zum Bürgerlichen Gesetzbuch:

Burchard — de Boor, Bürgerliches Recht 1930.

Cosack — Mitteis, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II 1 Sachenrecht und Recht der Wertpapiere 1924.

Crome, System des bürgerlichen Rechts 1905.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preußen Band III 1908.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II 1 Sachenrecht 1905.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts
I 1 Allgemeiner Teil 1928
I 2 Recht der Schuldverhältnisse 1927.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Recht
Sachenrecht 1912.

Hedemann, Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches 1924.

Leonhard, Allgemeines Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches 1929.

Strohal, Das deutsche Erbrecht auf der Grundlage des B.G.B. III. Auflage Band II 1903/04.

von Gierke, Bürgerliches Recht
Sachenrecht 1928.

von Tuhr, Bürgerliches Recht
Allgemeiner Teil 1928 und 1910.

Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II 1 Sachenrecht 1927 und 1930.

Zitelmann, Internationales Privatrecht 1912.

Bürgerlich-rechtliche Sonderliteratur:

Bekker, Grundbegriffe des Rechts und Mißgriffe der Gesetzgebung 1910.
Czyhlarz, Die Resolutivbedingung 1871.
Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft 1901.
Henle, Das Recht auf Besitz 1928.
Hirsch, Die Uebertragung der Rechtsausübung 1910.
Motive zum Entwurfe eines B.G.B.
Oertmann, Sächsisches Archiv für Rechtspflege Band 10.
J.W. 1927/1638
Archiv für zivilistische Praxis Band 113.
Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. 4. Auflage.
Raape, Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts Band 71.
Rappaport, Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis 1904.
Scherk, Jahrbücher für Dogmatik des bürgerlichen Rechts Band 67.
Sohm, Rudolf jun., Wesen und Voraussetzungen der Widerspruchsklage 1908.
Sohm, Rudolf sen., Der Gegenstand. 1905.
Stampe, Archiv für zivilistische Praxis Band 80.
von Tuhr, Die unwiderrufliche Vollmacht (in der Festschrift für Laband).
Walsmann, Der Verzicht. 1912.
Wolff, Das Recht zum Besitz (in der Festschrift für Koch) 1903.

Kommentare zur Zivilprozeßordnung:

Stein-Jonas, Die Zivilprozeßordnung für das deutsche Reich 1926
Baumbach, Kommentar zur Zivilprozeßordnung 1930.
Sydow-Busch, Kommentar zur Zivilprozeßordnung 1926.
Förster-Kann, Die Zivilprozeßordnung. 1913.

Lehrbücher zur Zivilprozeßordnung:

Goldschmidt, Zivilprozeßrecht 1929.
Rosenberg, Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts 1927.

Kommmentare zur Konkursordnung:

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung §§ 1—16 1928
17—27 1929
1—70 1916
Mentzel, Kommentar zur Konkursordnung 1926
von Wilmowski, Kommentar zur Konkursordnung 1906
Sydow Busch, Kommentar zur Konkursordnung 1930

Kommentare zum Zwangsversteigerungsgesetz:

Jäckel-Güthe, Zwangsversteigerungsgesetz 6. Auflage 1929
Reinhard Müller, Zwangsversteigerungsgesetz 6. Auflage 1929.

Dissertationen:

Bruck, Die Einigung. Berlin 1900.
Schwens, Gebrauchs- und Besitzüberlassung (Eine Kritik) Münster 1923.

Entscheidungen:

R.G.Z. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Erster Abschnitt.

A.

Die Rechtswissenschaft entlehnt den Begriff des Rechts zum Besitze lediglich der Bestimmung des § 986 B.G.B. Hiernach ist zum Besitze berechtigt nur derjenige, der den tatsächlichen Besitz inne hat und diesen entweder auf eine dingliche Berechtigung an der Sache oder auf eine Duldungsverpflichtung des Eigentümers — sei es aus Kaufvertrag oder aus einem Miet-, Pacht- oder Leihverhältnis — zu stützen vermag. Hierin sind sich Rechtslehre und Rechtsprechung einig. Streit besteht lediglich darüber, ob man dieses Rechtsgebilde als Einrede oder als Einwendung behandeln soll. Wer sich nur den Wortlaut des § 986 Abs. I Satz 1:

„Der Besitzer kann die Herausgabe verweigern, wenn er ... dem Eigentümer gegenüber zum Besitze berechtigt ist."

zum Ausgangspunkt seiner Betrachtung über das Wesen des Rechts zum Besitze nimmt, wird naturgemäß zu dem Ergebnis kommen, daß das Recht zum Besitz ein reines Leistungsverweigerungsrecht, eine sogenannte selbständige Einrede darstellt, der die Kehrseite, der Anspruch als Erscheinungsform eines subjektiven Rechts fehlt. Dies ist auch die Auffassung der herrschenden Lehre[1]). Der Gesetzestext im § 986 Abs. I Satz 1 als einzige und allein maßgebliche Grundlage der Forschung verwandt, zwingt zu der Annahme, daß der Eigentümer sein Recht zum Besitz, d. h. die Berechtigung, die Herausgabe zu verlangen, gegenüber dem sogenannten zum Besitz „Berechtigten" behalten hat, mag dieser Pfandgläubiger, Nießbraucher, ein dinglich Wohnungsberechtigter oder Mieter, Pächter, Käufer sein. Wenn man aus der technischen Formulierung des Gesetzes:

„Der Besitzer kann die Herausgabe verweigern ....."

den Charakter des Rechts zum Besitze als eines reinen Lei-

---

[1]) Staudinger a. a. O. § 986 Anm. 1 S. 587.
Planck a. a. O. Vorbem. zu § 985 Anm. 2 S. 473
Enneccerus a. a. O. § 207, 3 Anm. 5 S. 581
R. G. R. K. a. a. O. § 986 Anm. 1
von Tuhr a. a. O. 1910. I. Band, 1. Buch S. 299 Anm. 41
A. M. Wolff a. a. O. § 84 IV Anm. 14; Raape a. a. O. Bd. 71/97 ff.
Cosack a. a. O. § 65 II S. 207; Lehmann a. a. O. § 14 I/2 S. 88.

stungsverweigerungsrechts begründen will, dann muß man — unterschiedslos sowohl für die dinglich als auch die obligatorisch zum Besitze Berechtigten — zugeben, daß ihnen gegenüber der Eigentümer den Herausgabeanspruch, die Erscheinungsform seines im Eigentum verbliebenen Rechts zum Besitze behalten hat. Diese Schlußfolgerung will aber niemand für die dinglich zum Besitze Berechtigten ziehen, weil dies mit der unbestrittenen Eigenschaft des dinglichen Rechts als der eines selbständigen Rechts an der Sache unvereinbar wäre. Gerade diejenigen, die an der Auffassung, daß das Recht zum Besitz nur als reines Leistungsverweigerungsrecht denkbar sei, festhalten, betonen besonders, daß der Nießbraucher, der dinglich Wohnungsberechtigte ein absolutes, das Recht zum Besitze des Eigentümers ausschließendes, subjektives Besitzrecht habe[2]). Ihre Weigerung zuzugeben, daß auch der Mieter und Pächter für die Dauer des Vertragsverhältnisses mit dem Eigentümer, ferner der im Besitze des Kaufobjektes befindliche Abzahlungskäufer für die Zeit bis zum Eigentumsübergang ein den Herausgabeanspruch ausschließendes, subjektives, absolutes — wenn auch für den Fall, daß der Eigentumsübergang ausgeschlossen wird — auflösend befristetes Recht zum Besitze habe, führt zu sehr mißlichen Konsequenzen.

B.

Zunächst ist auf einige aus der uneinheitlichen Gestaltung des Rechts zum Besitze sich ergebende Konflikte innerhalb des Gesetzestextes selbst hinzuweisen.

B. I.

Einmal gerät das Gesetz in § 986 Abs. I Satz 1 mit der Tatsache, daß der Eigentümer gegenüber dem dinglich zum Besitze berechtigten Besitzer einen Herausgabeanspruch nicht hat, in Widerspruch. Denn auch der dinglich Berechtigte kann nach der Formulierung des § 986 Abs. I Satz 1 gegenüber dem Eigentümer nur „die Herausgabe verweigern". Danach hat es den Anschein, als ob der Fall, daß dem Eigentümer ein Herausgabeanspruch überhaupt nicht zusteht, ausgeschlossen sei. Würde man diesen Gedanken streng durchführen, so müßte auch gegen einen Nießbraucher Versäumnisurteil ergehen, selbst wenn aus dem Klagevortrag das dingliche Recht des Beklagten hervorginge. Hier besinnt man sich aber wieder auf den § 1036 und sagt, der Eigentümer habe keinen Herausgabe-

---

[2]) Staudinger a. a. O. § 1036 Anm. 2 S. 845
a. a. O. § 1093 Anm. II/1 S. 915
Planck a. a. O. § 1036 Anm. 2
a. a. O. § 1093 Anm. 2b
R.G.R.K. a. a. O. § 1036 Anm. 1 S. 413
a. a. O. § 1093 Anm. 1 S. 459

anspruch gegen den Nießbraucher. Das gleiche gilt von den übrigen, zum unmittelbaren Besitze berechtigten Inhabern beschränkter Sachenrechte, dem Erbbauberechtigten, dem dinglich Wohnungsberechtigten und dem Mobilarpfandgläubiger. Dagegen versagt § 986 Abs. 1 S 2 — im Widerspruch zu Satz 1 — dem Eigentümer den Herausgabeanspruch an sich persönlich grundsätzlich, und zwar auch gegenüber dem nur obligatorisch zum Besitze Berechtigten. Das Recht zum Besitze wird also in § 986 selbst einmal als Einrede und einmal als Einwendung behandelt. Bei der Beurteilung des Wesens der Besitzberechtigung darf man daher m. E. nicht von dem Wortlaut des § 986 Abs. I allein ausgehen.

B. II.

Der zweite Konflikt ergibt sich aus der unterschiedlichen Behandlung der actio negatoria in § 1004 Abs. II und der rei vindicatio. Gemäß § 1004 Abs. II schließt die Verpflichtung des Eigentümers, z. B. eine Immission zu dulden, den Unterlassungsanspruch aus. Die Erlaubnis des Eigentümers dagegen, daß ein Dritter die Sache besitzen dürfe, berührt nach der Bestimmung des § 986 Abs. I Satz 1 den Herausgabeanspruch an sich nicht. Er verbleibt dem Eigentümer. Für die unterschiedliche Behandlung der actio negatoria und der rei vindicatio ist aber kein rechtspolitischer Grund ersichtlich. Dies wird allgemein anerkannt, indem die einen[3]) die Uebereinstimmung zwischen der rei vindicatio und der actio negatoria durch Umdeutung der Bestimmung des § 1004 Abs. II eine Einrede herbeiführen wollen — die andern[4]) die Beseitigung des Konflikts durch die Annahme einer Besitzrechtseinwendung gegen den Wortlaut des § 986 Abs. I Satz 1 befürworten. Der Reichsgerichtsräte-Kommentar[5]) will den Ausschluß des Unterlassungsanspruchs nur für die gesetzlichen Duldungsverpflichtungen gelten lassen; die vertraglich übernommenen Duldungspflichten gewähren nach ihm entsprechend dem § 986 Abs. I Satz 1 dem — z. B. zur Immission — Berechtigten gegenüber dem Unterlassungsanspruch des Eigentümers nur eine Einrede. Die restrictive Interpretation des § 1004 Abs. II erscheint aber, wie mit Recht von Margarete Scherk[6]) betont wird, durchaus willkürlich und läßt sich aus dem Gesetze nicht begründen.

---

[3]) Staudinger a. a. O. zu § 1004, Anm. 7a β S. 503
Planck a. a. O. zu § 1004 Anm. 5 d S. 524
Hirsch a. a. O. S. 38; Rappaport S. 34.

[4]) Wolff § 84 IV Anm. 14 S. 274 (entgegen früheren Auflagen)
Cosack § 54 II 2 S. 209; Raape a. a. O. Bd. 71/166 ff.
Scherk a. a. O. Bd. 67/303 ff.

[5]) R.G.R.K. a. a. O. § 1004 Anm. 6 S. 335.

[6]) a. a. O. Bd. 67 S. 303 und die dort angeführte Literatur.

B. III.

Die dritte systematische, auf der uneinheitlichen Gestaltung des Rechts zum Besitz beruhende Unstimmigkeit ergibt sich aus § 1007 Abs. II. Nach dem Sinn des Gesetzes kann der frühere Besitzer einer abhanden gekommenen Sache auf Grund seines verletzten tatsächlichen Besitzes den hieraus erwachsenen Anspruch auf den Besitz — ohne die Fristgebundenheit des § 861 — geltend machen[7]) und von dem beklagten Besitzer die Herausgabe verlangen, es sei denn, daß dieser dem früheren Besitzer gegenüber zum Besitze berechtigt ist. Die Besitzberechtigung des beklagten Besitzers ist nach ganz herrschender Lehre die Grundlage der den Anspruch aus § 1007 Abs. II schlagenden Verteidigung, gleichgültig ob diese in Form eines dinglichen oder obligatorischen Rechts in Erscheinung tritt. Eine solche positive Besitzberechtigung wird aber nach dem Wortlaut des Gestzes dem beklagten Besitzer nur dann zugebilligt, wenn dieser Eigentümer der Sache ist. Unstreitig haben aber auch der Nießbraucher, der dinglich Wohnungsberechtigte, der Erbbauberechtigte und der Pfandgläubiger eine das Recht zum Besitze des Eigentümers ausschließende Besitzberechtigung. Diesen letzteren billigt aber das Gesetz — ebenso wenig wie dem Mieter oder Pächter — in § 1007 Abs. III durch Verweisung auf § 986 Abs. I eine positive Besitzberechtigung nicht zu, sondern nur ein Leistungsverweigerungsrecht. Gegen die letzteren müßte daher streng genommen ein Versäumnisurteil ergehen, auch wenn sich ihre, vom Gesetz selbst begründete absolute Besitzberechtigung aus dem Klagevortrag ergäbe. Bezüglich der nur obligatorisch zum Besitze Berechtigten ist dies sogar die herrschende Auffassung. Die Unterscheidung zwischen der Besitzberechtigung des Eigentümers einerseits als Einwendung — und dem Recht zum Besitz der oben erwähnten Inhaber beschränkter Sachenrechte sowie der obligatorisch Berechtigten als Einrede andererseits, ist aber, wie von Martin Wolff[8]) mit Recht betont wird, bizarr. Die Unterscheidung läßt sich auch nicht dadurch aufheben, daß man das Recht zum Besitz grundsätzlich als Leistungsverweigerungsrecht, als eine Einrede behandelt. Wenn nämlich der beklagte derzeitige Besitzer gleichzeitig der Eigentümer der im Streit befindlichen Sache ist, kann man nicht sagen, er habe kein positives Besitzrecht, sondern besitze nur ope exceptionis. Das gilt in gleicher Weise von den dinglich Berechtigten, deren positives Besitzrecht durch das

---

[7]) So Martin Wolff a. a. O. §23 S. 58, ferner Planck a. a. O. § 1007 Anm. 1 S. 530. — Henle a. a. O. S. 3 ff. glaubt im Gegensatz zu Wolff, der den Anspruch aus § 1007 als eine Fernwirkung der ursprünglichen „Sachherrschaft" auffaßt, in einem subjektiven „Recht auf Besitz" das Mutterrecht des Anspruchs aus § 1007 gefunden zu haben.

[8]) a. a. O. § 23 Anm. 14.

Gesetz selbst begründet ist, aber auch nicht weniger, — wie im zweiten Abschnitt dieser Arbeit zu zeigen ist, — von denjenigen Besitzberechtigten, deren Recht zum Besitze von einem obligatorischen Rechtsverhältnis zum Eigentümer begleitet ist.

C. I.

Die widerspruchsvolle Konstruktion des Rechts zum Besitze macht sich praktisch zunächst im Falle der Terminsversäumnis durch den beklagten, nur obligatorisch zum Besitze Berechtigten in unerwünschter Weise bemerkbar.

C. I. 1.

Wenn ein dinglich Besitzberechtigter im Verhandlungstermine ausbleibt, so ergeht, falls aus dem Vorbringen des Klägers die Besitzberechtigung des Säumigen erkennbar wird, nach der Praxis der Gerichte gegen ihn kein Versäumnisurteil, weil — allerdings in unlöslichem Widerspruch zu der engen Fassung des § 986 Abs. I — nicht zu leugnen ist, daß die dinglich Berechtigten kraft der Gestaltung ihres Rechts durch das Gesetz selbst ein den Herausgabeanspruch des Eigentümers ausschließendes Recht zum Besitze haben. Man setzt sich also hier über die Doktrin des § 986 hinweg.

Dem obligatorisch Besitzberechtigten gesteht die herrschende Lehre ein solches Besitzrecht grundsätzlich nicht zu, weil er nach ihrer Auffassung seinen nur tatsächlichen Besitz lediglich auf eine Duldungsverpflichtung des Eigentümers zu stützen vermag, nicht aber — wie die dinglich Berechtigten — ein Recht an einer Sache hat, das ein selbständiges, absolutes Recht zum Besitze in sich schließt. Hiernach ist ein Versäumnisurteil gegen den nicht erschienenen beklagten Mieter, Pächter oder Käufer auch dann unvermeidlich, wenn der Kläger selbst — bewußt oder unbewußt — die Besitzberechtigung des Beklagten zu erkennen gegeben hat. Planck[9]) führt zwar aus, daß ein solches Versäumnisurteil unter keinen Umständen ergehen dürfe, ohne sich jedoch von der Auffassung, daß der obligatorisch Besitzberechtigte nur ein Leistungsverweigerungsrecht habe, zu trennen. Einen gangbaren Weg, wie man unter Aufrechterhaltung des Einredebegriffes das Versäumnisurteil gegen den nicht erschienenen Mieter oder Käufer usw vermeiden könnte, weist er aber nicht.

Neuerdings wird die Ansicht[10]) vertreten, daß die materiellrechtliche Einrede auch außergerichtlich von dem Beklag-

---

[9]) a. a. O. Vorbem. zu § 985/2 S. 473.

[10]) Goldschmidt a. a. O. § 43, 2: Die bürgerrechtlichen Einreden können auch vor dem Prozeß geltend gemacht werden. R.G.R.K. a. a. O. § 986 Anm. 1 S. 311.
Vgl. Cosack a. a. O. § 54 S. 209; Stein-Jonas a. a. O. Vorbem. zu § 128 S. 370

ten wirksam geltend gemacht werden könne. Die Anhänger dieser Lehre wollen aus der Tatsache, daß es zur Klageerhebung gekommen ist, den Schluß ziehen, daß der Besitzberechtigte die Herausgabe verweigert habe; in dieser Verweigerung liegt nach ihrer Meinung die außergerichtliche Geltendmachung der Einrede, die dann als solche zu berücksichtigen wäre. M. E. aber müßte dann in allen Fällen, nach deren Sachlage eine an sich schlüssige Klage durch Geltendmachung einer aus dem Klagevortrag erkennbaren Einrede (z. B. Verjährung) zu Fall gebracht werden könnte, ein Versäumnisurteil grundsätzlich versagt werden, weil dann stets in der die Klage normalerweise veranlassenden Leistungsverweigerung die Geltendmachung der Einrede zu erblicken wäre. Das führt aber zu unhaltbaren Rechtsfolgen, denn aus dem Verhalten einer Partei außerhalb des Prozesses darf man nicht ohne weiteres Rückschlüsse ziehen auf ihre Stellungnahme im Prozesse. Die Leistungsverweigerung vor Klageerhebung läßt nicht den unbedingten Schluß zu, daß der Beklagte Abweisung der Klage begehre. Sein Nichterscheinen in der Verhandlung spricht für das Gegenteil. Außerdem geben die Verfechter dieser Lehre keinerlei Begründung für ihre Abweichung von dem prozeßrechtlichen Grundsatz, daß bloße Einreden von der berechtigten Partei selbst vorzubringen sind. Mir erscheint daher ein Versäumnisurteil gegen den nicht erschienenen obligatorisch zum Besitz Berechtigten, also gegen den Mieter, Pächter oder Käufer usw. vom Standpunkt der herrschenden Lehre aus unvermeidbar.
C. I. 2.

Dann sei noch auf die folgenden, aus der Konstruktion des § 986 sich ergebenden, merkwürdigen Rechtskonsequenzen hingewiesen: Wenn der Eigentümer E. gegen den Untermieter U. seines Mieters M. auf Herausgabe klagt, so kann selbst dann ein Versäumnisurteil gegen U. ergehen, wenn die Rechtsbeziehungen zwischen E. und M. einerseits und M. und U. andererseits aus dem Klagevortrag ersichtlich sind. — Trägt dagegen der Eigentümer E. bei der Klageerhebung vor, M. habe an U. nicht vermieten dürfen, — und das ist die gewöhnliche und auch gerechtfertigte Veranlassung der Klageerhebung, — dann wird die Klage des E. auf Herausgabe an sich persönlich abgewiesen (§986 Abs. 1 Satz 2). Diese Entscheidungen würden der Billigkeit entsprechen, wenn sie umgekehrt ergingen.

Ferner sei noch folgender Fall erwähnt: Der Mieter M. hat mit Erlaubnis des Eigentümers E. an den Unternehmer U. weitervermietet. Nach dem Ablauf des Mietvertrages zwischen M. und U. klagt E. gegen U. auf Herausgabe. E. dringt mit der Klage auf Herausgabe an sich persönlich unbedingt — also nicht nur infolge einer Versäumnis durch U. — ungeachtet der

Besitzberechtigung des M., durch. Denn der Fall des § 986 Abs. I Satz 2 liegt nicht vor. Mit der Beendigung des Mietverhältnisses zwischen U. und M. verliert U. sein auf § 986 Abs. I Satz 1 beruhendes Recht zum Besitz. Eine unbefugte Besitzüberlassung durch M. an U. hat nicht stattgefunden. Der Mieter M. ist hier schutzlos, während er im Falle unbefugter Vermietung durch § 986 Abs. I Satz 2 gegen die in sein Besitzrecht eingreifende Verurteilung des U. gesichert wäre!

Martin Wolff[11]) und Cosack[12]) setzen sich angesichts dieser sich aus § 986 ergebenden unhaltbaren Folgerungen über den Wortlaut dieses Paragraphen hinweg und gewähren dem Besitzberechtigten grundsätzlich eine den Herausgabeanspruch des Eigentümers verneinende Einwendung. Nach ihrer Ansicht ist der Herausgabeanspruch des Eigentümers auch dann ausgeschlossen, wenn ein Dritter nur obligatorisch zum Besitze berechtigt ist. Ohne zunächst auf die Berechtigung dieser Auffassung einzugehen, ist festzustellen, daß der auf Grund eines obligatorischen Rechts zum Besitz Berechtigte durch Anerkennung seines Rechts als Einwand zwar gegen ein ungerechtes Versäumnisurteil geschützt wäre. Aber im Konkurs des Eigentümers und im Falle der Zwangsvollstreckung gegen den Eigentümer würde auch ein Besitzrechtseinwand ihm nur einen unvollkommenen Schutz gewähren. Dies soll an folgenden Beispielen, zunächst für das Mobiliarsachenrecht und dann für das Liegenschaftsrecht erläutert werden. Hierbei ist als von grundsätzlicher Bedeutung vorauszuschicken, daß Rechtssprechung und Rechtslehre ein Recht zum Besitz nur in einer Art Legierung von tatsächlichem Besitz und einem dinglichen oder obligatorischen Recht anerkennen. Das Recht zum Besitz beruht nach dieser Auffassung seiner Konstruktion nach auf zwei Pfeilern, dem tatsächlichen Besitz und einem dinglichen oder obligatorischen Recht[13]). Wenn eine dieser Voraussetzungen entfällt, z. B. der Anspruch des im Besitze des Kaufobjektes befindlichen Käufers auf Uebereignung, so erlischt das Recht zum Besitz[14]).

Die dinglich zum Besitze Berechtigten sind kraft ihres dinglichen Rechts sowohl im Konkurse als auch in der Zwangsvollstreckung hinreichend geschützt. Die folgenden Fälle betreffen daher nur die Rechtsstellung der obligatorisch Besitz-

---

[11]) a. a. O. § 84/IV.

[12]) a. a. O. § 54/II, 2 S. 209.

[13]) So Planck a. a. O. § 986 Anm. 1a S. 483; Cosack a. a. O. § 54 II 1a. Staudinger a. a. O. § 986 Anm. 1; Wolff a. a. O. 84 Anm. 4.

[14]) Jaeger a. a. O. § 17 Anm. 14: „Der Käufer, dem die Sache zwar übergeben, aber noch nicht übereignet ist, darf die Herausgabe nach § 986 nicht verweigern, weil er ja (nach der Erfüllungsablehnung durch den Konkursverwalter) einen Anspruch auf Erfüllung nicht mehr hat, fortab also dem Eigentümer gegenüber nicht mehr zum Besitze berechtigt ist."

berechtigten, insbesondere, da für den Mieter und Pächter Sonderbestimmungen maßgebend sind, die Rechtslage des im Besitze des Kaufobjektes befindlichen Käufers.

C. II. 1. a. aa. Fall I:

„Der Käufer K. hat von dem Verkäufer V. am 1. 1. 1929 ein Auto zum Preise von 12 000 RM. zahlbar in 12 Monatsraten à 1000 Mk. ab 1. 1. 1929 gegen sofortige Uebergabe des Wagens unter Vorbehalt des Eigentums zu Gunsten des Verkäufers bis zur Vollzahlung des Kaufpreises gekauft. — Am 2. 11. 1929, nachdem K. pünktlich die 11. Rate bezahlt hat, fällt V. in Konkurs. Der Konkursverwalter lehnt die weitere Erfüllung des Kaufvertrages ab und verlangt auf Grund des dem Gemeinschuldner V. kraft des Vorbehalts verbliebenen Eigentums die Herausgabe des Wagens."

Im Falle eines Prozesses wird K. nach heutiger Rechtsprechung mit seinem Besitzrecht nicht durchdringen, da der obligatorische Anspruch, auf dem dieses Recht beruht, ein reiner Verschaffungsanspruch ist, der im Konkurs keinen Anspruch auf Befriedigung seines ursprünglichen Inhalts, nämlich auf Eigentumsübertragung, sondern nur ein Anrecht auf eine konkursmäßige Befriedigung in Geld hat. Sein Unterliegen ergibt sich aus § 17 K.O. Hiernach kann der Konkursverwalter die Erfüllung eines zweiseitigen Vertrages ablehnen, wenn dieser vor Konkurseröffnung von beiden Vertragsparteien nicht oder noch nicht vollständig erfüllt worden ist. Daß K. noch die zwölfte Rate schuldet und deshalb noch nicht vollständig erfüllt hat, ergibt sich ohne weiteres aus dem Tatbestand. Der Gemeinschuldner V. dagegen hat schon vor Konkurseröffnung an sich alles getan, was seinerseits zu geschehen hat; Uebergabe des Wagens und Einigung über den Uebergang des Eigentums sind — wenn auch letztere nur bedingt — erfolgt. Der Eintritt der den Eigentumsübergang bewirkenden Bedingung hängt nicht mehr von einem Verhalten des V., sondern lediglich von der Vollzahlung des Kaufpreises durch K. ab. Trotzdem ist aber nach der herrschenden Lehre[15]) auch seitens des V. noch nicht vollständig erfüllt. Nach Jaeger muß der Uebergang des Eigentums sich effektiv vollzogen haben, ehe von einer vollständigen Erfüllung des Vertrages durch den Verkäufer V. gesprochen werden kann. Das hat wirtschaftspolitisch seinen guten Grund darin, weil sonst im umgekehrten Falle, wenn der Käufer in Konkurs fällt, der Verkäufer auf Grund seines Eigentumsvorbehalts nicht aussondern

---

[15]) Jaeger a. a. O. § 17 Anm. 11 S. 298
Mentzel a. a. O. § 17 Anm. 2 S. 36
Sydow Busch a. a. O. § 17 Anm. 2 S. 78.
Sternberg J. W. 1913/851.
Schlotter, Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht. 1911. S. 49.

könnte; würde man hier nämlich zugeben, daß der Verkäufer V. schon vollständig erfüllt hätte, so müßte man auch anerkennen, daß der Erwerb des Käufers an dem Wagen abgeschlossen und infolgedessen nicht mehr zurückforderbar wäre.

Das Ergebnis ist also: Der Kaufvertrag ist beiderseits noch nicht vollständig erfüllt. Der Konkursverwalter ist nun nach § 17 K.O. vor die Wahl gestellt, entweder die weitere Erfüllung des Kaufvertrages zu verlangen oder sie abzulehnen. Lehnt er die Erfüllung ab, so wird einerseits die Verpflichtung des K., die zwölfte Rate zu zahlen, aufgehoben, andererseits wird aber sein Anspruch auf Uebereignung, der, solange er nicht erfüllt ist, noch fortbesteht, in eine konkursmäßig zu befriedigende Schadensersatzforderung umgewandelt (§ 26 K. O.). K. ist auch nicht mehr in der Lage durch Zahlung der letzten Rate den Uebergang des Eigentums selbst herbeizuführen. Denn er hat infolge der Erfüllungsablehnung durch den Konkursverwalter die rechtliche Möglichkeit verloren, durch Zahlung des Kaufpreises mit befreiender Wirkung den Eintritt der den Eigentumsübergang bewirkenden Bedingung herbeizuführen[16]). Anders verhält es sich jedoch mit den bereits bewirkten Leistungen; soweit diese in das Vermögen des Empfängers übergegangen sind, sollen sie darin verbleiben. Das ist ein allgemein anerkannter konkursrechtlicher Grundsatz[17]).

Die von K. bereits geleisteten 11 000 RM. sind unzweifelhaft Eigentum des V. (Gemeinschuldner) geworden. Dagegen hat K. das Eigentum an dem Wagen noch nicht erworben; er kann es auch nicht mehr erlangen, da der Eintritt der Bedingung, von der der Eigentumsübergang abhängt, — nämlich die restlose Abzahlung des Kaufpreises mit schuldbefreiender Wirkung — unmöglich geworden ist.

Sein Recht zum Besitze, auch als Einwendung gewertet, hilft ihm hier nichts, denn es erlischt mit der Verwandlung des

---

[16]) So: Jaeger § 17 Anm. 40 S. 312; ferner:
Mentzel a. a. O. § 17 Anm. 5: „Der andere Teil kann dem Konkursverwalter die Erfüllung nicht aufzwingen; eine nicht vollendete Erfüllung kann sich nicht gegen seinen Willen vollenden."
Sydow Busch a. a. O. Anm. 17, 3a S. 80/81; R.G.Z. 64/338.

[17]) So: Jaeger a. a. O. § 17 Anm. 15: „Vollendet sich der rechtsbegründete Tatbestand vor der Konkurseröffnung, so behält der Erwerb im Konkurse seine Kraft." Im gleichen Sinne: Mentzel a. a. O. § 26 Anm. 2; Sydow Busch a. a. O. § 26 Anm. 3 R.G.Z. 56/241, 90/218.

Die Anmerkung bei Jaeger a. a. O. § 26 Nr. 2 steht dem nicht entgegen. Zwar heißt es hier, daß der Konkursverwalter (im Gegensatz zum Vertragsgegner des Gemeinschuldners) selbstverständlich die Leistungen des Gemeinschuldners zurückfordern könne; aus den vorhergehenden Sätzen dieser Stelle und der Verweisung auf § 17 Anm. 46 ergibt sich aber, daß der Konkursverwalter „zurücktreten" und dementsprechend zurückfordern könne, wenn der Vertragsgegner des Gemeinschuldners nicht leistet.

Anspruchs auf Verschaffung des Eigentums in eine Konkursforderung. Dem Anspruch auf Herausgabe des Wagens seitens des Konkursverwalters steht nunmehr weder eine den Klageanspruch verneinende Einwendung noch eine zur Leistungsverweigerung berechtigende Einrede entgegen.

Die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechtes an dem gekauften Wagen ist im Konkurse gemäß § 49 Ziff. 4 K.O. nur unter den Voraussetzungen des § 369 H.G.B. möglich[18]). Dieser Schutz kommt aber infolge seiner einschränkenden Bedingungen nur einer geringen Minderheit zugute. Die große Zahl der Nichtkaufleute und derjenigen, die aus Kaufverträgen berechtigt sind, die sich nicht als beiderseitige Handelsgeschäfte bewerten lassen, gehen im Konkurse des Verkäufers ihres Rechts zum Besitze verlustig. Daß der bloße Besitz den Käufer gegen die rei vindicatio des Konkursverwalters nicht schützt, bedarf keiner Begründung. Die allgemein gehaltene Ausführung Cosacks a. a. O. § 4 IV d: „der Besitz hat Aussonderungskraft im Konkurse", kann selbst dann, wenn man ihn als „Recht" anerkennen wollte, niemals zutreffen. (Darüber Näheres unten bei der Behandlung der vielfach vertretenen Lehrmeinung, der bloße Besitz bilde ein die Veräußerung hinderndes Recht nach § 771 Z. P. O.)

K. muß infolgedessen den Wagen herausgeben und erhält für seine Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung gegen die Konkursmasse eine im Verhältnis zu dem bereits bezahlten Kaufpreis mehr oder minder klägliche Konkursdividende. Dieses Ergebnis ist nach der heutigen Auffassung des Rechts zum Besitze ebenso unvermeidlich wie unbillig. Der Laie glaubt sich mit Recht durch den Besitz einer Sache gesichert; denn der Besitz stellt allgemein im System unseres Rechts das publicistische, für den Laien richtunggebende äußere Zeichen der Sicherung dar, auf das er sich mit Recht verlassen zu können glaubt.

C. II, 1a. bb.

Fall II:

Erst recht ist dann eine Verurteilung des K. zur Herausgabe des Wagens nicht zu vermeiden, wenn die Parteien keine bedingte Einigung geschlossen, sondern überhaupt die Vereinbarung des Eigentumsüberganges bewußt oder unbewußt unterlassen, bezw. einem späteren Zeitpunkt vorbehalten haben. Das Recht zum Besitz des Käufers, mag man es Einwendung oder Einrede nennen, erlischt durch die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters aus den gleichen zu Fall I

[18]) Siehe die tatsächliche Rechtssprechung des R.G. Bd. 90/218 hinsichtlich des kongruenten Falles III; ferner
Sternberg J. W. 1913/851.

erörterten Gründen. Der Käufer muß den fast vollständig bezahlten Wagen herausgeben und sich mit einer Konkursquote als Schadensersatzleistung abfinden lassen.

Das Ergebnis ist nicht weniger unbillig als im Falle I, insbesondere, wenn man ferner berücksichtigt, daß das Gesetz dem Käufer schon mit der Uebergabe das Kaufobjektes die Gefahr des zufälligen Unterganges auferlegt. Martin Wolff[19]) glaubt die begreiflicherweise als ungerecht empfundene Entscheidung dadurch vermeiden zu können, indem er entgegen der herrschenden Ansicht das obligatorische Besitzrecht des Fahrnis-Käufers im Konkurse des verpflichteten Eigentümers gegenüber der vindicatio des Konkursverwalters deshalb für wirksam hält, weil der Besitzrechtseinwand aus § 986 gemäß Abs. II dieses Paragraphen dem Konkursverwalter gegenüber genau so wirken müsse, wie gegenüber einem neuen Eigentümer. Wolff verkennt dabei m. E. die Wirkung der Erfüllungsablehnung durch den Konkursverwalter, durch die einer der Grundpfeiler des Besitzrechts, nämlich der Verschaffungsanspruch auf Uebertragung des Eigentums in eine Schadensersatzforderung umgewandelt wird. Wenn aber, wie auch Wolff und mit ihm die Rechtslehre ausnahmslos annimmt, das Recht zum Besitz des Käufers seiner Konstruktion nach auf dem obligatorischen Eigentumsverschaffungsanspruch beruht, so muß es notwendigerweise erlöschen, sobald dieser Anspruch in eine Geldforderung umgewandelt wird.

Vom gleichen Schicksal wird auch das Recht zum Besitz eines Grundstückkäufers ereilt. Dies soll anhand des folgenden Falles erläutert werden.

C. II. Ib. aa.

Fall III:

„Der Käufer K. hat vom Verkäufer V. formgerecht ein Haus gekauft, den Kaufpreis vollbezahlt und ist bereits eingezogen. Im Zeitpunkt zwischen der bereits erfolgten Auflassung und der Stellung des Antrages auf Eintragung des K. im Grundbuche fällt V. in Konkurs."

K. würde gegenüber einer Klage des Konkursverwalters auf Herausgabe des Hauses mit dem ihm zur Verteidigung gegebenen Besitzrecht nicht durchdringen. Die Bestimmung des § 17 K. O. kommt hier nicht in Anwendung, da K. seine vertraglichen Pflichten voll erfüllt hat. Es fehlt lediglich noch die Befriedigung der Forderung des K. auf Uebertragung des Eigentums, die nur durch die Grundbucheintragung

---

[19]) a. a. O. Festschrift für Koch S. 159.
a. a. O. § 84 Anm. 17.

vermittelt werden kann.[20]) Dieser Anspruch hat aber (wie bereits erwähnt) im Konkurse wie alle anderen gewöhnlichen Konkursforderungen nur Anrecht auf konkursmäßige Befriedigung in Geld. Eine Forderung auf Verschaffung des Eigentums existiert gegenüber dem Konkursverwalter überhaupt nicht, wenn K. diese Forderung im Konkurse geltend macht, wird sie gemäß § 69 K. O. endgültig in eine Geldforderung umgerechnet[21]) und mit einer mehr oder minder geringen Konkursdividende bedacht. Ein Recht zum Besitz — sei es Einwendung oder Einrede — besteht dann gegenüber dem Herausgabeanspruch des Konkursverwalters nicht mehr, weil mit der Umwandlung des den tatsächlichen Besitz stützenden Anspruchs auf Verschaffung des Eigentums das Recht zum Besitze selbst erloschen ist. Der Konkursverwaltung dringt mit seiner Klage auf Herausgabe des Grundstücks ohne weiteres durch.

C. II. 1b. bb.

Fall IV:

Diese Entscheidung wird allgemein als richtig anerkannt, wenn die Auflassung v o r Konkurseröffnung noch n i c h t erfolgt ist[22]). Das gleiche Ergebnis, nämlich die Verurteilung des Käufers zur Herausgabe des gekauften Grundstücks, ist aber auch dann unvermeidbar, wenn, — wie im Falle III vorausgesetzt ist, — die Auflassung von Konkurseröffnung stattgefunden hat, ohne daß der Eintragungsantrag gestellt ist; denn die Rechtsstellung des Grundstückskäufers wird durch die bloße Auflassung nicht wesentlich geändert[23]). Das ergibt sich aus dem Wesen der Auflassung. Das Eigentum vermittelt sich dem K. nicht, denn einzeln sind die beiden Rechtsakte, die den Uebergang des Eigentums an Grundstücken bewirken, nämlich die Auflassung und die Eintragung, nicht geeignet, diesen Rechtserfolg herbeizuführen oder sonst auch nur irgendwelche Rechtswirkungen in Bezug auf die Entstehung des Eigentums hervorzubringen. Während Goldmann-Lilienthal[24]), Wolff[25]), Cosack[26])

---

[20]) So Jaeger a. a. O. § 17 Anm. 11: „Ebensowenig ist im Sinne des § 17 K. O. die Verpflichtung des Verkäufers eines Grundstückes bereits mit der Abgabe der Auflassungserklärung und der Beantragung der Eintragung des Käufers vollständig erfüllt." So auch Rosenberg i. J. W. 1926/2622.

[21]) Jaeger a. a. O. § 17 Anm. 14 S. 299.

[22]) Jaeger a. a. O. § 17 Anm. 14.
Düringer-Hachenburg H.G.B. III. S. 223.
von Tuhr a. a. O. 1910 I. Bd. 1. Buch 303; Oberneck a. a. O. I S. 599.
Biermann a. a. O. § 986 Anm. 1a; Planck a. a. O. § 986 Anm. 1a. β.
Staudinger § 986 1d S. 588; Wolff a. a. O. § 84 IV Anm. 17 S. 275.

[23]) So die Rechtssprechung de R.G. in 90/218, 116/363, 127/12.

[24]) Goldmann-Lilienthal a. a. O. Bd. II. S. 179.

[25]) a. a. O. § 38 III/1 Anm. 25b S. 104/105.

[26]) Cosack a. a. O. § 24 I 2 S. 82.

die dingliche Einigung nicht für ein selbständiges Rechtsgeschäft erachten, hält Staudinger [27]) die dingliche Einigung für einen an sich fertigen Vertrag, „nur seine Wirksamkeit hängt von einem weiteren Umstande der Eintragung ab, jedoch bildet letztere nur eine „Rechtsbedingung". Alle sind jedoch darin einig, daß die Auflassung den Käufer seinem Ziele, dem Eigentumserwerb, zwar einen Schritt näherbringt, aber ihm keineswegs einen positiven Rechtszuwachs selbständiger Art verschafft. Auch die aus der Auflassung gemäß §§ 925, 873 Abs. II erwachsende Gebundenheit verbessert die Rechtslage des Käufers gegenüber seiner Rechtsstellung vor der Auflassung nicht. Das Reichsgericht und die herrschende Lehre vertreten den Standpunkt, daß die Gebundenheit des § 873 weder bedeutet „verpflichtet sein" noch „in der Verfügung beschränkt sein", sondern lediglich, wie überall im Bürgerlichen Gesetzbuch — siehe §§ 145, 1754 Abs. I Satz 2, 1258 Abs. II Satz 2 — „nicht widerrufen können"[28]).

Die gewöhnliche, mit allen Verträgen verknüpfte Gebundenheit kann aber dem Konkursverwalter, — wie sich ja gerade aus der Besonderheit des Konkurses ergibt, — keine Bindungen auferlegen. Der Käufer muß daher im Falle III, nach dessen Tatbestand die Auflassung der Konkurseröffnung vorangegangen war, genau so wie im Falle IV infolge seines schwachen, von der herrschenden Lehre an das obligatorische Rechtsverhältnis und den tatsächlichen Besitz konstruktiv gebundenen Rechts zum Besitz der Klage des Konkursverwalters unterliegen, mag man das Recht zum Besitz als Einrede oder als Einwendung würdigen. Es erlischt in beiden Fällen, weil der zugrunde liegende Verschaffungsanspruch auf Uebereignung, von dessen Fortbestand des Rechts zum Besitz nach herrschender Auffassung fortdauernd abhängt, im Konkurse nur Anrecht auf konkursmäßige Befriedigung hat.

Dies Ergebnis bedeutet für den Grundstückskäufer eine harte Unbilligkeit. Obgleich er in notarieller Verhandlung den Kaufvertrag abgeschlossen, (im Falle III) die Auflassung in nicht weniger formeller Weise bewirkt, dazu das Grundstück

---

[27]) Staudinger a. a. O. § 873 B I 2, S. 107/108.

Zu [25]) und [27]): Wolff läßt — ähnlich wie Staudinger — dem Käufer eine Rechtsanwartschaft zukommen. „Der Käufer behält zwar die Macht, an einen Dritten zu verkaufen und zu übereignen. Wird dann der Dritte eingetragen, ehe es dem ersten Käufer gelingt sich eintragen zu lassen, so hat dieser keinerlei Rechte mehr."

[28]) Dieser Auffassung sind:
R. G. 55/342; 66/288, 73/53, 81/68.
Staudinger a. a. O. § 873 B III S. 110.
Planck a. a. O. § 873 III 2c S. 125.
Wolff a. a. O. § 38 IV S. 105.
Cosack a. a. O. § 24 I 4b S. 84.

in Besitz genommen und vollständig bezahlt hat, soll sein Rechtserwerb noch immer ungesichert sein. Das Recht zum Besitz, das die herrschende Lehre ihm gewährt, schützt ihn in dem Schwebezustand zwischen Auflassung und Eintragung nicht. Dieser Umstand setzt den Käufer der Gefahr aus, den im Vertrauen auf die formellen Akte und die Besitzerlangung, die den Rechtserwerb garantiert erscheinen lassen, gezahlten Kaufpreis zu verlieren. Dies erscheint mir um so bedenklicher, weil heute infolge der hohen Grunderwerbsteuer die Eintragung des Käufers sich vielfach unerwartet verzögert, so daß der Verkäufer meist den Gegenwert schon hat, ehe die Eintragung des Käufers im Grundbuch vollzogen ist.

C. II. 2.

Während das Recht zum Besitz des Käufers im Konkurse, wie auch von denjenigen zugegeben wird, die es als Einwendung betrachten[29]), versagt, wird in der Zwangsvollstreckung gegen den Verkäufer der Besitz des Käufers am Kaufobjekt von der Rechtssprechung wie der Rechtslehre überwiegend als ein die Veräußerung hinderndes Recht angesehen[30]). Eine Begründung hierfür wird jedoch nur vom Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 21. 3. 1927 (Band 116/363) erteilt. Die übrigen Verfechter dieser Ansicht beschränken sich auf die mehr oder minder generell gefaßte Behauptung, der „Besitz", teilweise sogar der „bloße Besitz", berechtige zur Widerspruchsklage. Anderer Meinung sind nur Oertmann[31]) und Baumbach[32]). Ob die herrschende Lehre diese Auffassung mit ihrer Ansicht von dem Wesen und der Konstruktion des Rechts zum Besitze vereinen kann, soll nunmehr an folgenden Beispielen, zunächst für das Mobilarsachenrecht und dann für das Liegenschaftsrecht, untersucht werden.

C. II. 2a. aa.

Fall V:

„Der Käufer K. hat von dem Verkäufer V. am 1. 1. 1929 einen Wagen zum Preise von 12 000 RM. — zahlbar in 12 Monatsraten à 1000 RM. — unter Eigentumsvorbehalt zugunsten

---

[29]) So z. B. Cosack a. a. O. § 54 II 3 am Schluß S. 210.

[30]) R. G. J. W. 1927/1638, Bd. 116/363, O. L. G. 40/404.
Wolff a. a. O. § 3 III S. 11.
Rosenberg S. R. Vorbem. 5 vor § 854 S. 14.
Rosenberg Z. P. O. a. a. O. § 191 III 2a.
Goldschmidt a. a. O. § 88 2a.
Stein-Jonas Band 2 § 771 S. 545.
Cosack a. a. O. § 4 IV 2b S. 20. (Nach Cosack hat der „Besitz" im Gegensatz zu dem oben Zitierten auch Aussonderungskraft, dagegen läßt er das „Recht zum Besitz" im Konkurse versagen. S. § 54 II 3 am Schluß S. 210.)

[31]) Oertmann, Sächs. Archiv a. a. O. Bd. 10 S. 253.

[32]) Baumbach a. a. O. § 771 D.

des Verkäufers gekauft und sofort in Besitz genommen. Nachdem 11 Raten bezahlt sind, will ein Gläubiger des V. in den — dem V. noch gehörigen — Wagen vollstrecken."

Gegen die Pfändung des Wagens selbst kann sich der im Besitze des Wagens befindliche Käufer dadurch schützen, daß er sich weigert, die Vollstreckungsmaßnahmen des Gerichtsvollziehers an dem Kaufobjekt zuzulassen. (§ 809 Z. P. O.) Wenn der Gerichtsvollzieher trotzdem pfändet, steht dem Käufer die Erinnerung nach § 766 Z. P. O. zur Verfügung. Dagegen steht nichts im Wege, daß der Gläubiger den Eigentumsherausgabeanspruch des V. gegen K. pfänden und sich überweisen läßt. Kann sich nun der K. gegenüber der rei vindicatio des Vollstreckungsgläubigers auf § 986 Abs. II berufen?

Die Frage ist bestritten. § 986 Abs. II hat einen rechtsgeschäftlichen Eigentumswechsel im Wege der Vindicationscession zur Voraussetzung. Hier handelt es sich um eine richterliche Forderungsüberweisung, durch die ein Recht an der Sache überhaupt nicht verschafft wird[33]). § 986 Abs. II betrifft die Uebertragung des dinglichen Rechts durch rechtsgeschäftliche Uebereignung, dagegen wird hier auf Grund des Pfändungs- und Ueberweisungsbeschlusses nur eine obligatorische Forderung übertragen. Wenn aber schon gegenüber dem dinglichen Recht des Neuerwerbes das Recht zum Besitze aus § 986 Abs. II durchgreift, muß dies erst recht gegenüber dem Pfändungsgläubiger einer nur obligatorischen Forderung zutreffen[34]). Eine Zuhilfenahme der Bestimmungen der §§ 398 ff. BGB bedarf es m. E. hier nicht, da sich dies a majore ad minus aus § 986 Abs. II direkt ergibt. Den Schwierigkeiten, die Staudinger[35]) und — letzten Endes im Ergebnis auch — Enneccerus[36]), im Gegensatz zu Stein-Jonas[37]), Förster-Kann[38]) und Baumbach[39]), dieser Auffassung entgegensetzen, indem sie die Anwendung der §§ 398 ff. in Anlehnung an § 412 nur auf gesetzliche, nicht aber auf richterliche Forderungsübertragungen beziehen, wird damit aus dem Wege gegangen.

In diesem Falle wäre also der Käufer geschützt, und zwar deshalb, weil hier der zugrunde liegende Anspruch auf

---

[33]) So Stein-Jonas a. a. O. § 847 Anm. VI, ferner Goldschmidt a. a. O. § 96.2 S. 267.

[34]) So Stein-Jonas § 847 III, § 829 VII 1a und 3.
Goldschmidt a. a. O. § 96, 2 1a.
Oertmann Sächs. Archiv Bd. 10 S. 257 Zeile 5.
Oertmann a. a. O. § 406 Anm. 6 S. 456 und § 407 Anm. 5 S. 460; ferner die dort zitierte Literatur.

[35]) Staudinger a. a. O. § 407 Anm. 5, § 412 Anm. 1.

[36]) Enneccerus a. a. O. I 2 § 306 II Note 4—6.

[37]) Stein Jonas, § 829 Anm. VII 1a, 3.

[38]) Förster-Kann a. a. O. § 829 Anm. N 7a.

[39]) Baumbach a. a. O. § 829 E.

Eigentumsverschaffung, die Stütze seines Rechts zum Besitz — im Gegensatz zu der Rechtsgestaltung im Konkurse — unangetastet bleibt.

C. II. 2. a. bb.

Fall VI:

Dies gilt natürlich auch dann, wenn eine dingliche Einigung über den Einigungsübergang überhaupt nicht stattgefunden hat.

C. II. 2. b. aa. u. bb.

Fall VII:

Ganz anders ist aber die Rechtsstellung des Käufers, wenn das Kaufobjekt in einer Immobile besteht. Dann ist eine analoge Anwendung des § 986 Abs. II wegen der Unmöglichkeit, im Wege der Vindicationscession Eigentum an Grundstücken zu übertragen, ausgeschlossen. Wenn z. B. der Käufer K. von dem Verkäufer V. formgerecht ein Grundstück gekauft und den Besitz daran erhalten hat, so vermag sich K., — ob die Auflassung erfolgt ist oder nicht, kann aus den oben unter C. II. 1 b. bb. (Fall IV) Seite 20/21 angeführten Gründen gleichgültig bleiben, — im Falle einer Zwangsvollstreckung durch Gläubiger des noch eingetragenen V. nicht auf sein Recht zum Besitze zu berufen; denn dieses beruht seiner Konstruktion nach auf dem obligatorischen Eigentumsverschaffungsanspruch gegen V. Gegen den Ersteigerer des dem K. verkauften Grundstücks hat K. eine solche Forderung nicht und infolgedessen ihm gegenüber auch kein Recht zum Besitz. Zudem würde sein Recht zum Besitz, — zum mindesten dann, wenn man die von der herrschenden Lehre verfochtenen Auffassung von der Struktur dieses Rechts teilt, — mit dem Zuschlage gemäß § 91 Z. V. G. ohne weiteres erlöschen.

Das Reichsgericht (Entscheidung des V. Zivilsenats vom 21. 3. 1927) will hier dem Grundstückskäufer in der Weise helfen, indem es ihm auf Grund seines, bis zum Zuschlag fortbestehenden Rechts zum Besitze die Widerspruchsklage aus § 771 Z. P. O. gegen die Vollstreckungsmaßnahmen des Gläubigers des Verkäufers, nämlich gegen die Anordnung und Eintragung des Versteigerungsvermerks im Grundbuch gewährt.

Mit Recht hebt das Reichsgericht in dieser Entscheidung[40]) hervor, daß der bloße Besitz nur dann eine Widerspruchsklage zu tragen vermöge, wenn diese sich auf die possessorischen Besitzschutzansprüche stütze. Die vielfach vertretene Lehr-

---

[40]) R. G. Z. 116/363.

meinung, daß der Besitz ein Recht sei[41]), hat offensichtlich bei Cosack[42]), Stein-Jonas[43]) und Goldschmidt[44]) zu der ganz allgemein gehaltenen Darstellung geführt, daß der Besitz als solcher zur Widerspruchsklage, bezw. sogar zur Aussonderung berechtige. Diese Auffassung ist aber m. E. keineswegs haltbar, denn selbst diejenigen, die den tatsächlichen Besitz für ein Recht erachten, tun dies in der Hauptsache deswegen, weil der tatsächliche Besitzstand die Quelle der absoluten, auch gegen den eigenmächtigen Eigentümer gerichteten Besitzschutzansprüche ist. Die Verwendung der Bezeichnung „Recht" für den tatsächlichen Besitzstand sowie für die Summe der daraus sich ergebenden Rechtsfolgen darf aber nicht, wie schon Ernst Immanuel Bekker[45]) betont hat, dazu führen, die gleichbenannten Dinge zu identifizieren, im Besitz als „Tatbestand" und im Besitz als „Rechtsfolge" ein und dasselbe Ding zu sehen.

Jedenfalls erhellt hieraus, daß der bloße Besitz nur durch verbotene Eigenmacht verletzt werden kann und nur dann kraft seiner Besitzschutzansprüche zur Aussonderung bezw. zur Widerspruchslage berechtigt. Dieser Auffassung sind auch Mentzel, Jaeger und Rosenberg, wie bereits unter Fußnote 44 angegeben ist. Von verbotener Eigenmacht kann aber keinesfalls die Rede sein, wenn ein Gläubiger des noch als Eigentümer des Grundstücks eingetragenen Verkäufers gegen diesen auf dem legalen Vollstreckungswege die Versteigerungsanordnung erwirkt und diese im Grundbuche eintragen läßt. Das Reichsgericht glaubt nun in diesem Falle aus folgenden Gründen dem Käufer ein die Veräußerung hinderndes Recht zubiligen zu können:

---

[41]) So: Wolff a. a. O. § 3; Enneccerus a. a. O. I § 73; Staudinger a. a. O. Vorbem. zu § 854 VII S. 17; Planck a. a. O. Vorbem. zu § 854, 5 S. 32; von Tuhr a. a. O. Allg. Teil. I. 1. S. 137; Zitelmann a. a. O. Bd. 2 S. 307/308. **A. M.** R. G. R. K. Vorbem. zu § 854 Anm. 1 Rosenberg S. R. a. a. O. Vorbem. zu § 854 S. 13/14. Biermann a. a. O. § 854 Anm. 1a; Crome a. a. O. § 342 S. 15. Dernburg a. a. O. III § 11,2 S. 43.

[42]) a. a. O. § 4 IV 2b S. 20.

[43]) a. a. O. Bd. 2 § 771 S. 545 (Stein-Jonas beschränkt sich auf die bloße Behauptung, der Besitz sei ein „Recht an der Sache".)

[44]) a. a. O. § 88, 2a. (In jedem Falle läßt uns Goldschmidt unklar, ob er dem Besitz nur im Falle verbotener Eigenmacht oder allgemein die Bedeutung eines die Veräußerung hindernden Rechts beilegt.)

Im Gegensatz zu diesen (Ziff. 41—45) billigen Mentzel a. a. O. § 43 Anm. 5, Jaeger a. a. O. § 43 Anm. 26, Rosenberg Z. P. O. a. a. O. § 191 III 2a dem bloßen Besitz nur dann die Kraft eines die Veräußerung hindernden Rechts zu, wenn er durch verbotene Eigenmacht verletzt oder unfreiwillig dem Besitzer verloren gegangen ist. Rosenberg bringt dies m. E. dadurch zum Ausdruck, daß er erklärt, der Besitz berechtige nur dann zur Klage, aus § 43 K. O., § 771 Z. P. O., wenn auf Grund des früheren Besitzes die Herausgabe verlangt werden könne. Dies trifft aber nur zu in den Fällen des § 861 und 1007 B. G. B.

[45]) Bekker a. a. O. S. 224.

„Der Besitzer genießt im besonderen dem Herausgabeverlangen des Eigentümers gegenüber den Schutz des § 986, wonach jener die Herausgabe der Sache verweigern kann, wenn er diesem gegenüber zum Besitze berechtigt ist. Die Frage ist, ob die hierdurch für den Besitzer geschaffene Rechtsstellung als ein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne des § 771 Z. P. O. angesehen werden kann. Das ist zu bejahen. Es müßte verneint werden, wenn das Gesetz dahin zu verstehen wäre, daß das mit der Widerspruchsklage nach § 771 Z. P. O. geltend gemachte Recht eine Veräußerung rechtlich unmöglich machen müsse; denn grundsätzlich und auch abgesehen von der besonderen Vorschrift der §§ 90 und 93 Z. V. G. kann der Einwand aus § 986 Abs. I, wenn er auf ein bloßes Forderungsrecht gestützt ist, nur gegen den Eigentümer gerichtet werden, der daraus verpflichtet ist; ein persönlicher Anspruch gegen den Rechtsvorgänger des Eigentümers hilft dem Besitzberechtigten nicht, — von der Sondervorschrift des § 986 Abs. II abgesehen, die nur für bewegliche Sachen gilt und einer rechtsähnlichen Ausdehnung auf Grundstücke unzugänglich ist. Es kann sich also trotz des Bestehens des Rechts aus § 986 ein neuer Eigentumserwerb vollenden, dem gegenüber jenes nicht durchgreift. Trotzdem ist es als ein die Veräußerung hinderndes Recht im Sinne des § 771 Z. P. O. anzusehen, weil ein solches schon immer dann anzunehmen ist, wenn die Veräußerung der den Vollstreckungsgegenstand bildenden Sache durch den Schuldner dem berechtigten Dritten gegenüber sich als rechtswidrig darstellen würde. (Seuff. Archiv Bd. 45/152, O. L. G. 4/382.)

Diesen Standpunkt hat die Rechtsprechung, insbesondere das Reichsgericht, auch in anderem Zusammenhang schon angenommen, nämlich, indem sie als ausreichende Grundlage der im § 771 Z. P. O. gedachten Widerspruchsklage auch schuldrechtliche Herausgabeansprüche (im Gegensatz zu den bloßen Verschaffungsansprüchen R. G. Z. 84/215) anerkannte, deren Verletzung nur einen Schadensersatzanspruch erzeugen würde, während nicht einzusehen ist, inwiefern sie eine Veräußerung unmöglich machen sollten. Daß im vorliegenden Falle eine anderweitige Veräußerung der Grundstücke dem Kläger gegenüber einen widerrechtlichen Eingriff in dessen Besitz am Grundstück bedeuten würde, kann nicht zweifelhaft sein."

Diese Entscheidung kann m. E., wenn man an der von der herrschenden Lehre vertretenen Auffassung vom Recht zum Besitz festhält, nicht zustimmen. Inwiefern soll sich die rechtsgeschäftliche Uebereignung des Grundstücks durch den Ver-

käufer an einen Dritten als rechtswidrige Handlung gegenüber dem Käufer darstellen? Welches Rechtsgut des Käufers soll hierdurch widerrechtlich verletzt werden? Etwa das Recht zum Besitze des Käufers? Hierunter versteht doch die herrschende Lehre nur den tatsächlichen Besitz, der rechtlich lediglich auf einen Verschaffungsanspruch gegenüber dem Eigentümer gestützt ist. Mag man nun dieses Rechtsgebilde als Einwendung oder als Einrede bewerten, jedenfalls ergibt sich aus seiner Konstruktion, daß nur die Verletzung des tatsächlichen Besitzes oder die des zugrunde liegenden obligatorischen Anspruchs in Frage kommt. Ein selbständiges abstraktes absolutes Recht zum Besitz im Sinne des § 823 Abs. I kennt die heutige Rechtswissenschaft nicht.

Eine Verletzung des tatsächlichen Besitzes scheidet aus, denn ein Verkäufer, der das dem Käufer übergebene Kaufobjekt nachträglich einem Dritten übereignet, verübt damit keine verbotene Eigenmacht gegen den im Besitze des Kaufobjekts befindlichen Käufer. Von einer widerrechtlichen Entziehung des Besitzes kann daher keine Rede sein, da der tatsächliche Besitz des Käufers nur durch eine unmittelbar gegen seinen Besitz gerichtete, die Friedensordnung störende Handlung verletzbar ist. Wenn die Rechtslehre und Rechtsprechung vom tatsächlichen Besitz im Sinne eines absoluten nach § 823 Abs. I verletzbaren Rechts sprechen, so geschieht dies nur deshalb, weil der tatsächliche Besitz absolut durch die possessorischen Besitzschutzansprüche gegen Friedensstörungen geschützt ist. Dies ergibt sich deutlich aus der Kommentierung des § 823 bei Oertmann[46a]):

> „Jedenfalls ist der Besitz im Sinne des B. G. B. eine rechtliche Position, die gegen die Beeinträchtigung eines jeden Dritten geschützt ist und deren Verletzung das Gesetz ausdrücklich für widerrechtlich erklärt: § 858."

Ferner aus den Ausführungen bei Enneccerus[46b]) zu § 823:

> Auch die Verletzung des Besitzes gehört hierher, da der Besitz nicht nur Tatsache, sondern ein Recht auf den Besitz gewährt, das gegen Besitzstörung und Besitzentziehung durch Klage geschützt ist."

Im gleichen Sinne äußern sich Wolff[47a]), der Reichsgerichtsräte-Kommentar[47b]), Planck[48]) und Warneyer[49]). Insbesondere erhellt aus der Bezugnahme der Vorerwähnten auf die Judikatur des Reichsgerichts, daß sie eine widerrechtliche Verletzung

---

[46a]) Oertmann a. a. O. § 823, 3c S. 138.
[46b]) Enneccerus a. a. O. § 451 1c S. 666.
[47a]) Wolff a .a. O. § 16 I 3 Anm. 3.
[47b]) R. G. R. K. a. a. O. § 823 Anm. 9.
[48]) Planck a. a. O. § 823 S. 1720.
[49]) Warneyer a. a. O. § 823 Anm. 3.

des Besitzes nur dann annehmen, wenn diese sich gleichzeitig nach § 858 als verbotene Eigenmacht qualifiziert. Denn in den Fällen, in denen das Reichsgericht nach meinen Feststellungen eine Schadensersatzklage aus § 823 Abs. I wegen Besitzverletzung zugesprochen hat[50]), charakterisiert sich diese als verbotene Eigenmacht gemäß § 858.

Auch diejenigen, die im Besitze ein Recht sehen, müssen zugeben, daß das Reichsgericht in der kritisierten Entscheidung eine widerrechtliche Besitzverletzung durch Veräußerung des dem Käufer bereits übergebenen Grundstücks seitens des Verkäufers an einen Dritten zu unrecht angenommen hat. Indem das Reichsgericht am Schlusse der zitierten Stelle ausführt, die anderweitige Uebereignung des Grundstücks an einen Dritten stelle einen rechtswidrigen Eingriff in den Besitz des Käufers dar, widerspricht es seiner eigenen, zu Anfang der Entscheidungsgründe betonten Stellungnahme, daß der Besitz in anderer Weise als durch verbotene Eigenmacht nicht verletzt werden könne.

Fernerhin ist zu untersuchen, ob das den tatsächlichen Besitz stützende Recht durch eine anderweitere Veräußerung rechtswidrig verletzt worden ist. Ein dingliches Recht an der Sache kommt nach dem vorliegenden Tatbestand nicht in Frage. Der den tatsächlichen Besitz im vorliegenden Falle stützende Anspruch ist ein reiner Verschaffungsanspruch auf Uebereignung aus dem Kaufvertrage. Die Nichterfüllung eines obligatorischen Anspruchs kann aber nicht als rechtswidrige Handlung angesehen werden. Der von dem Reichsgericht gezogene Vergleich mit den schuldrechtlichen Herausgabeansprüchen, deren Verletzung auch nur einen Schadensersatzanspruch erzeugen würde, ist unzutreffend, denn auf Grund der Herausgabeansprüche macht der Widerspruchs- bezw. Aussonderungskläger die Nichtzugehörigkeit des Vollstreckungsgegenstandes zum Schuldnervermögen geltend. Den Verschaffungsansprüchen kommt aber diese Bedeutung nicht zu.

Die vom Reichsgericht versuchte Beweisführung, der im Besitz des immobilen Kaufobjekts befindliche Käufer sei deshalb zur Widerspruchsklage berechtigt, weil sich die Veräußerung des Kaufobjekts durch den Schuldner an einen Dritten als rechtswidrige Handlung gegenüber dem Käufer qualifiziere, und daß deshalb auch der Käufer gegen eine Zwangsversteigerung des Grundstücks durch Zubilligung der Widerspruchsklage geschützt werden müsse, ist damit m. E. als mißlungen anzusehen. Keine der beiden Grundlagen des Rechts

---

[50]) R. G. 105/218, 102/342, 91/66, 59/326, 34/422. Ferner auch: J. W. 1921/1362; Warneyer 22/41. O. L. G. 37/167.

zum Besitze, weder der tatsächliche Besitz noch der obligatorische Verschaffungsanspruch vermögen den vom Reichsgericht erforderten Voraussetzungen für eine Widerspruchsklage aus § 771 Z. P. O. zu entsprechen[51]). Das Recht zum Besitz des Grundstückskäufers, mag man es Einrede oder Einwendung nennen, kann daher, — sofern man an der von der herrschenden Lehre verfochtenen Konstruktion dieses Rechts festhält, — keinesfalls als ein die Veräußerung hinderndes Recht angesehen werden[52]).

Uebrigens ist auch das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 15. 1. 1930 Bd. 127/8 ff. von der in Bd. 116/362 ff. dargelegten Stellungnahme wieder abgerückt. und zwar in erster Linie deshalb, weil dort der Gläubiger des Verkäufers aus einem dinglichen Recht an einem Grundstück, dessen Bestellung mit Einwilligung des Käufers nach der Besitzübertragung an ihn erfolgt war, die Zwangsvollstreckung betreibt. Das Reichsgericht geht in dem neuen Erkenntnis von der durchaus zutreffenden Erwägung aus, daß der Käufer, der selbst als eingetragener Eigentümer die Vollstreckung aus dem eingetragenen dinglichen Recht eines Gläubigers des Verkäufers dulden müßte, ebensowenig vor seiner Eintragung sich hiergegen wehren könne. Für den Fall, daß der Gläubiger des Verkäufers nach der Besitzübertragung an den Käufer aus einem nur persönlichen Titel die Zwangsvollstreckung in das Grundstück betreibt, läßt aber das Reichsgericht offenbar das Recht zum Besitz noch als tragfähige Basis für eine Widerspruchsklage gelten. Ich glaube aber dargetan zu haben, daß dem Recht zum Besitz nach seiner von der herrschenden Lehre verfochtenen Konstruktion eine solche Bedeutung nicht beigemessen werden kann. Denn der vom Reichsgericht entwickelte Rechtssatz:

> — ein die Veräußerung hinderndes Recht sei immer schon dann anzunehmen, wenn die Veräußerung der den Vollstreckungsgegenstand bildenden Sache durch den Schuldner dem berechtigten Dritten gegenüber sich als rechtswidrig darstellen würde —

kann hier nicht angewandt werden, da nicht einzusehen ist, inwiefern durch ein solches Vorgehen des Schuldners (Verkäufers) nach der herrschenden Auffassung des Rechts zum Besitz ein „Rechtsgut" des Käufers verletzt werden könnte.

Es ist aber andererseits nicht zu leugnen, daß ein dringendes Bedürfnis besteht, das Recht zum Besitz des Käufers mit

---

[51]) So zustimmend Oertmann Sächs. Archiv Bd. 10 S. 257. Oertmann J. W. 1927/1638 Nr. 10. Ferner Wahle J. W. 1927/2511. Sohm a. a. O. (Widerspruchsklage) S. 78 ff.

[52]) So auch: Jäckel-Güthe a. a. O. §§ 37, 38, Anm. 13, 5a S. 128. Reinhardt Müller a. a. O. § 9 V S. 27.

größerer Wirksamkeit auszugestalten. Die Bemühungen des Reichsgerichts, einen Weg zu diesem Ziele zu weisen, sowie die Stellungnahme der Rechtslehre, die dem bloßen Besitz vielfach Widerspruchskraft beilegt, bestätigen wohl diese Auffassung.

Als Ergebnis der vorhergehenden Untersuchungen ist festzustellen, daß abgesehen von der widerspruchsvollen Gestaltung des Rechts zum Besitze im Gesetze selbst und den unbilligen Ergebnissen im Falle der Terminsversäumnis durch den beklagten Besitzer, insbesondere das Recht zum Besitz des Käufers im Konkurse des Verkäufers gänzlich und im Falle der Zwangsvollstreckung gegen den Verkäufer meist versagt. Der Grund hierfür ist darin zu suchen, daß die herrschende Lehre das Recht zum Besitz seiner Konstruktion nach an das dem tatsächlichen Besitz zu stützen bestimmte Rechtsverhältnis zwischen Besitzer und Eigentümer bindet. Für den Käufer hat dies zur Folge, daß sein nur von einem Verschaffungsanspruch getragenes Recht zum Besitz im Konkurse versagt, weil der Verschaffungsanspruch im Konkurs kein Anrecht auf die Individualleistung hat, sondern nur konkursmäßige Befriedigung erwarten kann.

Anders wird sich m. E. die Rechtslage des Käufers erst dann gestalten, wenn man sein Recht zum Besitz als ein absolutes, von dem Verschaffungsanspruch auf Uebereignung losgelöstes Recht anerkennt. Dann hat nämlich der Käufer in dem erlangten Recht zum Besitz einen selbständigen Rechtserwerb, der im Konkurs vom Konkursverwalter nicht zurückforderbar wäre, und der sowohl hier als auch in der Zwangsvollstreckung gegen eine Beeinträchtigung durch Veräußerung des Eigentümers an Dritte Rechtsschutz beanspruchen könnte.

Zunächst soll jedoch der Versuch gemacht werden, den Nachweis zu führen, daß das Recht zum Besitz auch als selbständiges absolutes Recht bestehen kann.

Zweiter Abschnitt.

A.

Das Recht zum Besitz ist ursprünglich im Eigentum enthalten. Dies ergibt sich aus der Natur des Eigentums als der Fülle der rechtlichen und tatsächlichen Herrschaftsmöglichkeiten. Unter diesen erscheint das Recht zum Besitz und Gebrauch einer Sache als das praktisch wichtigste. Der Gesetzgeber hat daher auch dem Eigentümer die Möglichkeit gegeben, sein Eigentum, — abgesehen von der vollständigen Uebertragung, — fernerhin durch Besitz und Gebrauchsüberlassung an Dritte gewinnbringend zu verwerten. Der Eigentümer kann die ihm gehörige Sache, ohne das Eigentum aufzugeben, mit einem Nießbrauch, einem dinglichen Wohnungsrecht oder einem Erbbaurecht belasten; er kann sie fernerhin vermieten, verpachten oder verleihen. Der Verkauf auf Abzahlung gehört ebenfalls zu denjenigen Rechtsgeschäften, bei deren Erfüllung der Verkäufer die Sache lediglich übergibt, ohne jedoch das Eigentum zu übertragen. Endlich vermag der Eigentümer die ihm gehörige Sache zur bloßen Zurückbehaltung ohne Nutzungsberechtigung, meist bis zur Erfüllung einer bestimmten Bedingung an einen Dritten zur Befriedigung eines Verlangens nach Sicherheit zu übergeben: so z. B. bei der Einräumung des vertraglichen Zurückbehaltungsrechts. In allen diesen Fällen erlangt der Vertragsgegner des Eigentümers den tatsächlichen Besitz. Seine Besitzberechtigung gestaltet sich jedoch verschieden. Ein selbständiges absolutes Recht zum Besitz billigt die herrschende Lehre nur den dinglich zum Besitz Berechtigten zu; ihnen gegenüber hat der Eigentümer kein Recht zum eigenen unmittelbaren Besitze. Die obligatorisch zum Besitz Berechtigten haben einen höchst merkwürdigen rechtlich garantierten Besitz; sie müssen zwei Voraussetzungen hierzu erfüllen:

1. tatsächliche Besitzer sein,
2. ein Rechtsverhältnis mit dem Eigentümer unterhalten, wonach dieser verpflichtet ist, ihnen den Besitz (aus Miet-, Pacht-, Leih- oder Kaufvertrag) zu überlassen.

Die einen nennen dieses Recht eine Einrede, die anderen legen ihm gegenüber der Klage des Eigentümers auf Herausgabe die Bedeutung einer Einwendung bei. Alle sind sich

jedoch darin einig, daß der Rechtsschutz der obligatorisch zum Besitz Berechtigten gegenüber der rei vindicatio auf zwei Pfeilern beruht, dem tatsächlichen Besitz und der Duldungsverpflichtung des Eigentümers. Entfällt eine dieser Voraussetzungen, so erlischt das Recht zum Besitz. Zu welchen Unzuträglichkeiten diese Konstruktion führt, glaube ich im ersten Abschnitt dieser Arbeit nachgewiesen zu haben. Diese nach herrschender Auffassung des Rechts zum Besitz unvermeidlichen Unbilligkeiten haben m. E. ihre Ursache in der unterschiedlichen Behandlung des Rechts zum Besitz einerseits der dinglich, — andererseits der obligatorisch zum Besitz Berechtigten. Der Eigentümer, der sein Anwesen vermietet oder verpachtet hat, überträgt zur Erfüllung seiner obligatorischen Verpflichtungen in gleicher Weise den Besitz an den Mieter oder Pächter, wie wenn er sich verpflichtet hätte, einen Nießbrauch zu bestellen. Hat er die Absicht, dem Mieter ein geringwertigeres Recht zum Besitze zu verschaffen als dem Nießbraucher? Ich glaube nicht. Gewiß sind die einzelnen, gesetzlich umrissenen, zum unmittelbaren Besitz berechtigenden Sachenrechte umfassender als das Recht zum Besitz. Der Nießbraucher hat auf Grund seines Nutzungsrechts mehr Rechte als der nur zum Gebrauch der Sache berechtigte Mieter; — aber ihr Recht zum Besitze als solches dürfte nach dem Parteiwillen denselben, nämlich einen subjektiv absoluten Charakter tragen. Das dingliche Recht zum Besitz bildet sonach m. E. die Grundform der beschränkten, zum unmittelbaren Besitz berechtigenden Sachenrechte. Mit dem Recht zum Besitz der obligatorisch Berechtigten hat es zwar nicht die Dinglichkeit, wohl aber den absoluten abstrakten Charakter gemeinsam. M. E. will der Eigentümer, gleichgültig, ob er den Besitz einem Mieter oder einem Nießbraucher übergibt, diesem etwas zuwenden: „das Recht, zu besitzen". Der Mieter erstrebt seinerseits nicht bloß einen tatsächlichen, sondern auch einen rechtlich garantierten Besitz. Können die Parteien diesen Erfolg nur nach der — rein begriffsjuristisch dem Wortlaut des § 986 angepaßten — Vertragskonstruktion erreichen, indem der Eigentümer sich lediglich verpflichtet, den Herausgabeanspruch nicht geltend zu machen? Keinesfalls erzielen sie damit, was sie normalerweise wollen, nämlich die Begründung eines positiven Rechts zum Besitz. Die theoretische Konstruktion der Duldungsverpflichtung dürfte kaum einem Vermieter einfallen. Er überläßt dem Mieter die Sache zum Besitze und Gebrauche. Das natürliche Rechtsempfinden drängt zu der Annahme, daß der Mieter, Pächter usw. auf Grund der Besitzüberlassung — im Zweifel wenigstens — kraft Parteiwillens ein positives Recht zum Besitze erlangen soll. Die Entscheidung über die Frage, ob der Eigentümer auch einem Mieter z. B. ein positives Recht zum Besitze einräumen kann,

hängt davon ab, ob das Recht zum Besitz durch Rechtsgeschäft selbständig aus dem Eigentum übertragbar ist. Seine Existenz ist vom Bürgerlichen Gesetzbuch selbst geschaffen; es wird von Martin Wolff[1]) wiederholt erwähnt. Es handelt sich also nur darum, seine selbständige Trenn- und Uebertragbarkeit aus dem Eigentum zu begründen. Zunächst soll erörtert werden, ob überhaupt und in welcher Weise das Recht zum Besitz aus dem Eigentum ausscheiden kann.

B. I. 1.

Das subjektive Recht zum Besitz steht ursprünglich dem Eigentümer zu. Aber auch der Nießbraucher hat ein positives Recht zum Besitz. § 1036 Abs. I. stellt fest:

„Der Nießbraucher ist zum Besitze berechtigt." Ihm gegenüber kann der Eigentümer nicht auch noch gleichzeitig zum Besitze berechtigt sein. Daraus ergibt sich, daß das Recht des Eigentümers zum Besitze mit der Bestellung des Nießbrauchs aus dem Eigentum ausscheiden muß. Unter dem ausscheidenden Rechte ist aber m. E. nur das Recht zum unmittelbaren Besitze zu verstehen. Das Recht zum mittelbaren Besitz verbleibt selbstverständlich im Eigentum. Wenn ein Dritter unbefugt den Besitz erlangt, hat der Eigentümer gegen ihn den Anspruch auf Herausgabe an den Nießbraucher. Außerdem entäußert sich der Eigentümer normalerweise — so z. B. bei der Bestellung des Nießbrauchs — nur bedingt oder befristet für die Zeitdauer des eingeräumten Rechts seines Rechts zum unmittelbaren Besitz. Er behält also die Anwartschaft auf den Rückerwerb des Rechts zum unmittelbaren Besitze.

Auch das Erbbaurecht, das dingliche Wohnungsrecht und das Mobiliarpfandrecht schließen für die Dauer ihres Bestehens grundsätzlich die gleichzeitige Berechtigung des Eigentümers zum unmittelbaren Besitze aus. Dies ergibt sich zwar nicht direkt aus dem Wortlaut des Gesetzes, sondern aus dem Zweck dieser Rechte, der — z. B. bei der Einräumung des Erbbaurechts oder des dinglichen Wohnungsrechts — gerade darauf hinzielt, die ausschließliche, unmittelbare Besitzberechtigung dem Erwerber zu gewähren; bei der Begründung eines Mobiliarpfandrechts ist — grundsätzlich wenigstens — Gültigkeitsvoraussetzung für die Entstehung des Rechts, daß sich der Eigentümer seines Rechts zum unmittelbaren Besitz — zum mindesten des Rechts zum unmittelbaren A l l e i n besitze — begibt.

Unstreitig steht also nicht dem Eigentümer, sondern dem Inhaber des jeweiligen Sachenrechts, das der Eigentümer bestellt hat, das Recht zum unmittelbaren Besitze zu. In wel-

---

[1]) a. a. O. § 113 II 2 S. 386; § 116 I S. 390.

cher Weise ist nun das Recht zum unmittelbaren Besitze aus dem Eigentum ausgeschieden? Wodurch hat der Inhaber des beschränkten Sachenrechts das Recht zum unmittelbaren Besitze erworben?

Die erwähnten dinglichen Rechte werden kraft Parteiwillens in gesetzlich vorgeschriebenen Formen und bestimmt normiertem Umfang durch Rechtsgeschäft bestellt. Demnach kommt nur eine derivative Erwerbsart in Frage. Eingeräumt werden jeweils „der Nießbrauch", das „Pfandrecht", das „Erbbaurecht" oder das „dingliche Wohnungsrecht". Wo bleibt das Recht zum Besitz? Die herrschende Lehre gibt zu, daß der Eigentümer gegenüber dem dinglich Berechtigten den Herausgabeanspruch nicht hat. Aber weshalb der Eigentümer ihn nicht mehr hat, darüber geben sich wenige Rechenschaft. Die einen sagen, der Eigentümer habe den dinglichen Herausgabeanspruch an den zum unmittelbaren Besitz Berechtigten abgetreten; deshalb könne er auch diesem gegenüber nicht mehr die rei vindicatio mit Erfolg erheben. Eine derartige Anspruchsabtretung kann aber nur dann in Frage kommen, wenn sich zurzeit der Bestellung des dinglichen Rechts die Sache in Gewahrsam eines Dritten befindet. Durch diese Abtretung entäußert sich der Eigentümer überdies doch nur des Herausgabeanspruchs gegen diesen Drittbesitzer. Die herrschende Lehre gibt aber zu, daß der Eigentümer nicht nur gegenüber diesem Drittbesitzer, sondern auch gegenüber dem Nießbraucher und den andern zum unmittelbaren Besitz berechtigten Sachenrechtsinhabern, wenn diese den Besitz erlangt haben, des Herausgabeanspruchs entbehrt. Eine Anspruchsübertragung kommt ferner dann überhaupt nicht in Frage, wenn der Eigentümer selbst unmittelbarer Besitzer ist, denn dann ist mangels eines Fremdbesitzes überhaupt kein Anspruch auf Herausgabe vorhanden, der abgetreten werden könnte. Ebenso wenig kann dann auf einen solchen nicht existenten Herausgabeanspruch verzichtet werden, wie Raape[2] meint. Martin Wolff[3]) und mit ihm zahlreiche andere[4]) leugnen sogar grundsätzlich die selbstständige Abtretbarkeit und damit auch die Verzichtbarkeit des dinglichen Herausgabeanspruchs, wie folgendes von Martin Wolff[5]) angeführtes Beispiel zeigt:

„Der Erbe bestellt der Witwe den Nießbrauch an Nachlaßstücken, die sich im Depot eines Bankiers befinden, durch Anspruchsabtretung. Der abgetretene Anspruch ist

---

[2]) a. a. O. Bd. 71 S. 104 ff. u. S. 184.
[3]) a. a. O. § 84 VI.
[4]) Sohm, Der Gegenstand S. 30.
von Tuhr a. a. O. Allgemeiner Teil 1910 I Band 1. Buch S. 267.
Walsmann a. a. O. S. 82/84.
[5]) a. a. O. § 115 I S. 389; ferner § 84 VI Anm. 25.

der Anspruch aus dem Verwahrungsvertrage. Der Eigentumsanspruch bleibt dem Eigentümer und geht nicht auf den Nießbraucher über. Freilich kann der Eigentümer fortab kraft jenes Anspruchs grundsätzlich nur auf Herausgabe an den Nießbraucher klagen. § 986.

Hiernach kommt aber Wolff zu demselben Ergebnis wie diejenigen,die eine Abtretung des dinglichen Herausgabeanspruchs, — allerdings nur insoweit, als er auf Herausgabe an den Eigentümer persönlich gerichtet ist, — annehmen, indem er am Schluß der zitierten Stelle feststellt, daß „der Eigentümer fortab kraft jenes Anspruchs nur auf Herausgabe der Sache an den Nießbraucher klagen könne". Was aus dem Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe an sich selbst geworden ist, darüber schweigt Wolff. Da Abtretung und Verzicht auf den Herausgabeanspruch aus den vorerwähnten Gründen m. E. nicht in Frage kommen, erscheint mir als beste Erklärung für das Ausscheiden des Anspruchs auf Herausgabe aus dem Eigentum die Annahme der Uebertragung eines selbständigen Rechts zum unmittelbaren Besitze, das als Mutterrecht den auf die unmittelbare Besitzerlangung hinzielenden Herausgabeanspruch latent enthält. Das Eigentum ist nicht als das Mutterrecht dieses Anspruchs anzusehen. Denn unstreitig hat der Eigentümer in zahlreichen Fällen diesen Anspruch nicht. Selbst gegenüber dem obligatorisch zum Besitz Berechtigten ist ihm in einem Falle der Anspruch auf Herausgabe an sich persönlich versagt: § 986 Abs. I Satz *2*. Das Eigentum kann daher nicht als das Mutterrecht des auf die unmittelbare Besitzerlangung zielenden Herausgabeanspruchs angesehen werden. Ich betrachte daher diesen Anspruch als die Erscheinungsform eines besonderen absoluten Rechts, nämlich: „des Rechts zum unmittelbaren Besitze".

Damit fallen auch die begrifflichen Bedenken Sohm's[6]), ob der Herausgabeanspruch selbständig als Traditionssurrogat zur Bestellung beschränkter Sachenrechte abgetreten werden könne. Sohm und die vorerwähnten, mit ihm übereinstimmenden Rechtslehrer (s. Fußnote 4 auf S. 34) vertreten nämlich die Auffassung:

„Verfügung über den Anspruch ist notwendig Verfügung über das entsprechende Hauptrecht und umgekehrt."

Diese Schwierigkeit wird durch die hier vertretene Theorie überwunden, denn hiernach überträgt der Eigentümer gleichzeitig mit dem auf die unmittelbare Besitzerlangung gerichteten Herausgabeanspruch gleichzeitig dessen Mutterrecht, das Recht zum unmittelbaren Besitze.

---

[6]) a. a. O. S. 30. (Der Gegenstand.)

Fernerhin erweisen sich auch die weiteren von Martin Wolff[7]), von Tuhr[8]) und Planck[9]) erhobenen Gegengründe, daß das Eigentum seines Herausgabeanspruchs nicht beraubt werden dürfe, um seine Schutzlosigkeit gegenüber dritten Personen zu verhüten, als nicht stichhaltig. Denn der Eigentümer behält ja stets das Recht zum mittelbaren Besitze und kann auf Grund dieses Rechts gegen jeden unbefugten Drittbesitzer auf Herausgabe an den zum unmittelbaren Besitz berechtigten Inhaber des jeweiligen Sachenrechts klagen.

Die Annahme der Trenn- und Uebertragbarkeit des Rechts zum unmittelbaren Besitze aus dem Eigentum auf die zum unmittelbaren Besitze berechtigten Inhaber begrenzter Sachenrechte scheint mir keinen weiteren Bedenken zu unterliegen.

B. I. 2.

Die Frage ist nun, ob das Recht zum unmittelbaren Besitz auch einem nur obligatorisch zum Besitze Berechtigten, z. B. einem Mieter, Pächter oder Abzahlungskäufer, eingeräumt werden kann. Rein konstruktiv betrachtet erscheint mir dieser Weg, den Besitz des Mieters oder Pächters usw. durch Verleihung eines absoluten Rechts zum unmittelbaren Besitze rechtlich zu garantieren, ebenso gangbar, wie die rein begriffsjuristisch dem Wortlaut des § 986 angepaßte Konstruktion der Duldungsverpflichtung. Dieser Auffassung ist auch Leonhard[10]):

> „Auch durch die Begründung eines Schuldrechts, z. B. durch Vermietung, wird das Besitzrecht des Eigentümers unmittelbar beeinträchtigt und andererseits ein unmittelbares Besitzrecht des Mieters geschaffen."

Zudem hat Raape[11]) m. E. durchaus recht, wenn er die rein schuldrechtlich, als Duldungsverpflichtung aufgefaßte Begründung des Rechts zum Besitz als ebenso unnatürlich wie umständlich bezeichnet. Sie ist auch in der Tat dem täglichen Leben wesensfremd.

B. II.

Verträgt sich aber die rechtliche Fundierung des tatsächlichen Besitzes im Wege der Uebertragung des absoluten Rechts zum unmittelbaren Besitze mit den übrigen Vorschriften unseres Rechtssystems?

B. II. 1.

Als erste Schranke dieser Rechtsentwicklung erscheint § 986 B. G. B. Hiernach allein betrachtet, gibt es nur eine

---

[7]) a. a. O. § 84 Anm. 25 S. 277.
[8]) a. a. O. Unwiderrufliche Vollmacht S. 88, Allg. Teil 1910 I. 1. S. 267.
[9]) a. a. O. Vorbem. zu § 985 2 S. 473.
[10]) a. a. O. S. 61.
[11]) Raape a. a. O. Bd. 71 S. 109.

Besitzrechtseinrede, die keinen Raum läßt für die Annahme eines subjektiven, — den Herausgabeanspruch des Eigentümers an sich persönlich — verneinenden Rechts. Diese Schranke ist aber schon insofern durchbrochen, als das Gesetz selbst den dinglich unmittelbar zum Besitz Berechtigten, dem Nießbraucher, Pfandgläubiger usw. ein das Besitzrecht des Eigentümers ausschließendes Recht zum unmittelbaren Besitze gewährt. Die Terminologie des § 986 ist auch sonst, — wie bereits im ersten Abschnitt unter B. S. 10—12 dargelegt ist, — sehr mangelhaft und unlogisch. Martin Wolff und zahlreiche andere wollen diese Unebenheiten im Gesetz und damit gleichzeitig einige der im ersten Abschnitt unter C.I. S. 13-14 erwähnten Unzuträglichkeiten im Versäumnisverfahren dadurch beseitigen, daß sie gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes die Besitz„berechtigung" des beklagten Besitzers grundsätzlich als Einwendung auffassen. Andere versuchen auf nicht weniger gewaltsame Weise den Gegensatz zwischen § 1004 Abs. II und § 986 Abs. I Satz 1 dadurch zu beseitigen, daß sie die Verteidigung des Beklagten aus § 1004 Abs. II rechtlich in Anlehnung an § 986 Abs. 1 Satz 1 als Einrede ansehen. Die vom Gesetzgeber gewollte Unterscheidung zwischen Einrede und Einwendung kann man aber nicht einfach verwischen. Der Weg der gewaltsamen Umdeutung erscheint mir nicht gangbar. Ich möchte vorschlagen, die §§ 986 Abs. I Satz 1 und 1004 Abs. II gegenseitig zu ergänzen. Tatsache ist, daß die dinglich zum unmittelbaren Besitz Berechtigten ein positiv absolutes Recht zum Besitze haben, das eine gleichzeitige, unmittelbare Besitzberechtigung des Eigentümers ausschließt. Die Gesetzgeber haben das selbst so gewollt, indem sie in § 1036 ausdrücklich die positive Besitzberechtigung des Nießbrauchers anerkannten. Diese Tatsache ist bei der Formulierung des § 986 Abs. I nicht berücksichtigt worden. Der Wortlaut dieser Bestimmung erweckt daher den Anschein, als ob der Eigentümer garnicht in der Lage sei, dem Fremdbesitzer ein positives, absolutes Recht zum Besitze einzuräumen, sondern lediglich die Möglichkeit habe, den Fremdbesitz nur durch eine Duldungsverpflichtung rechtlich zu stützen. Insofern der § 986 die im Gesetz selbst begründete Möglichkeit außer acht läßt, daß dem Eigentum ein subjektives absolutes Recht zum Besitze gegenüberstehen kann, läßt er eine Lücke.

Bei der Gestaltung des § 1004 Abs. II sind die Gesetzgeber in den entgegengesetzten Fehler verfallen; sie haben sich hier nach der Richtung einseitig festgelegt, als ob die Eingriffserlaubnis in das Eigentum nur kraft eines positiven, den Unterlassungsanspruch ausschließenden Rechts, nicht auch lediglich gestützt auf eine Duldungsverpflichtung, ein Versprechen, den Unterlassungsanspruch nicht geltend zu machen, denkbar ist.

Die bei § 986 entstandene Lücke ist die bedeutend empfindlichere, weil m. E. hier die Gesetzgeber gerade die Vertragskonstruktion außer acht gelassen haben, die als die normale, dem Laien allein verständliche, im täglichen Leben vorherrschend ist.

Der Richter muß daher m. E. bei der Entscheidung über die Frage, ob er das Recht zum Besitz des beklagten Besitzers als ein subjektives, anspruchsverneinendes oder nur als ein — auf dem tatsächlichen Besitz und einem Duldungsversprechen beruhendes — Leistungsverweigerungsrecht würdigen soll, auf die Parteivereinbarung zurückgehen, kraft der der beklagte Besitzer den Besitz erlangt hat. Hierbei wird sich wohl in den meisten Fällen herausstellen, daß nach dem Willen der Vertragsparteien der Besitzer im wahren Sinne des Wortes „berechtigt" sein soll, die ihm übergebene Sache zu besitzen. Wenn nämlich z. B. der Mieter nur durch eine Duldungsverpflichtung in seinem tatsächlichen Besitze geschützt ist, dann besitzt er in Wahrheit objektiv zu „Unrecht". Denn das Recht zum Besitze ist dann dem Eigentümer verblieben. Der Mieter kann nicht gleichzeitig auch noch ein solches Recht haben. Sein Besitz widerspricht dem Besitzrecht des Eigentümers (Vermieters); durch die Verpflichtung des Eigentümers, seinen Besitz zu dulden, entsteht keine positive Besitzberechtigung. Dem normalen Parteiwillen dürfte es aber kaum entsprechen, daß der Mieter einen zwar geduldeten, in Wirklichkeit aber unrechtmäßigen Besitz ausübe. Konstruktiv ist allerdings eine solche Vereinbarung möglich. Für diesen Fall ist natürlich die Formulierung des Rechts zum Besitze als reines Leistungsverweigerungsrecht in § 986 Abs. I Satz 1 zutreffend, nicht aber für den Normalfall des täglichen Lebens.

Da das Recht zum Besitz m. E. sowohl als subjektives absolutes Recht als auch als reines Leistungsverweigerungsrecht vorkommen kann, muß jeweils seine Bedeutung im Einzelfalle festgestellt und darnach die Entscheidung getroffen werden. So verfährt die Rechtsprechung schon seit langem, indem sie die Besitzberechtigung der Inhaber bestimmter Sachenrechte als ein absolutes, den Herausgabeanspruch des Eigentümers verneinendes Recht anerkennt. Das absolute Recht zum Besitz der obligatorisch Berechtigten hat aber Anspruch auf gleiche Behandlung. Wenn die Formulierung des § 986 in jenem Falle nicht entgegensteht, kann sie auch in diesem Falle keine Schwierigkeit bereiten.

B. II. 2.

Die Trenn- und Uebertragbarkeit des Rechts zum unmittelbaren Besitze aus dem Eigentum auf die obligatorisch zum Besitz Berechtigten, insbesondere den Mieter, Pächter usw., verträgt sich auch mit den §§ 571, 986 Abs. II. Das Recht zum

Besitz der obligatorisch Berechtigten ist zwar ein absolutes, aber kein dingliches. Ein dingliches Recht zum Besitz kennt das Gesetz nur in Verbindung mit einzelnen beschränkten Sachenrechten. Der Mieter würde m. E. trotz eines absoluten Rechts zum unmittelbaren Besitze im Falle einer Veräußerung der Mietsache durch den Eigentümer (Vermieter) gegenüber dem Neuerwerber kein Recht zum Besitze mehr haben. Das Recht zum unmittelbaren Besitze ist nämlich auflösend befristet durch die Dauer des Mietvertrages mit dem Vermieter. Der Vermieter (Eigentümer) überträgt sein Recht zum Besitze nicht dauernd, sondern nur für seine Person und nur für eine bestimmte Zeit (für die Dauer des Mietvertrages). Ihm verbleibt also die Anwartschaft auf den Rückerwerb dieses Rechts. Mit der Uebereignung der Sache wächst diese Anwartschaft in der Person des Rechtsnachfolgers wieder zum Vollrechte, weil das Recht zum Besitz kein dingliches Recht an der Sache, sondern nur ein absolutes ist, das aber nur solange besteht, als der aus dem Mietvertrag verpflichtete Vermieter oder dessen mittelbarer Besitzer Eigentümer des Mietobjekts ist. Derselbe Gedankengang: Die Wiedererstehung des Vollrechts beim Wechsel in der Person des Eigentümers findet sich auch bei Raape[12]), der bei der Immissionserlaubnis einen Verzicht auf den Unterlassungsanspruch, bei der Besitzübertragung einen Verzicht auf den Herausgabeanspruch annimmt:

> „Die Immissionserlaubnis schadet nicht dem Nachfolger des jetzigen Eigentümers: neuer Eigentümer, neue Ansprüche“[13]).

Ferner:

> „Die Trennung von Recht und Anspruch dauert nur solange, als nicht ein Wechsel in der Person eines Eigentümers eintritt. Dieser Satz ist unbestreitbar. Er ergibt sich durch Gegenschluß aus §§ 571, 986 Abs. II.“[14])

Der gleichen Auffassung wie Raape ist auch das Reichsgericht in seiner Entscheidung Band 66/24:

> „Dadurch, daß der Inhaber einer Hypothek einem anderen den Hypothekenbrief mit der Verpflichtung hingibt, den Besitz nicht eher zurückzuverlangen, als bis eine bestimmte Voraussetzung erfolgt sei, gewährt er dem Empfänger nicht ein (beim Eigentumswechsel) auch gegenüber Dritten wirkendes Recht an dem Briefe als an einer selbständigen Sache, sondern schließt nur das ihm als Eigentümer des Hypothekenbriefes an sich zustehende

---

[12]) a. a. O. S. 184.
[13]) a. a. O. S. 177.
[14]) Raape a. a. O. S. 121.

Recht auf Herausgabe für seine Person zeitweise und bedingt aus."

Meine Ansicht unterscheidet sich von dieser Auffassung nur insofern, als ich anstelle eines bedingten oder befristeten Verzichts auf den Herausgabeanspruch aus den oben dargelegten Gründen eine Uebertragung des Mutterrechts dieses Anspruchs, eine bedingte oder befristete Verfügung über das Recht zum unmittelbaren Besitze annehme. Mir erscheint das Recht zum unmittelbaren Besitze zwar als ein absolutes Recht, aber wegen seiner zeitlichen Begrenztheit und Abhängigkeit als ein relatives Darfrecht, das nur solange absolut geschützt ist ,als derjenige, aus dessen Eigentum das Recht zum unmittelbaren Besitz übertragen wurde, selbst noch Eigentümer ist. Wenn man das Recht zum unmittelbaren Besitze grundsätzlich als dingliches anerkennen wollte, ließe sich auch seine Wirksamkeit als Recht an der Sache gegen Dritte ausdehnen; dies geht aber de lege lata nicht an, da der Kreis der Sachenrechte ein geschlossener ist. Insbesondere würde auch durch die grundsätzliche Anerkennung eines dinglichen, — de lege lata nicht eintragungsfähigen — Rechts zum unmittelbaren Besitze die Sicherheit des rechtsgeschäftlichen Verkehrs mit Grundstücken, die einzig und allein auf der Publizität des Grundbuchs beruht, erschüttert. Der Außenwirkung des Besitzes kommt im Grundstücksverkehr keine Bedeutung zu. Ich bin daher der Auffassung: Die auflösend befristete oder bedingte Trennung von Eigentum und Recht zum unmittelbaren Besitz dauert nur solange, als nicht ein Wechsel in der Person des Eigentümers eintritt.

Hier schützt nun das Gesetz den Besitzer gegen den Neuerwerber, indem es

a) durch § 986 Abs. II die Wirkung des Rechts zum unmittelbaren Besitzer gegen den Neuerwerber ausdehnt, sofern es sich um eine Uebereignung nach § 931 handelt;
b) im Fall der Grundstücksmiete den Rechtsnachfolger des verpflichteten Eigentümers anstelle des Vermieters in den Mietvertrag eintreten läßt. (Der Entleiher und der Abzahlungskäufer entbehren eines entsprechenden Schutzes.)

B. II. 3.

Die Annahme der Uebertragungsmöglichkeit des subjektiven absoluten Rechts zum Besitze paßt sich also sowohl der Bestimmung des § 571 als auch der Vorschrift des § 986 Abs. II durchaus an.

Außerdem ist einem weiteren Bedenken zu entgegnen: man könnte einwenden, falls meine Ansicht zuträfe, wäre der Eigentümer nach der Einräumung eines obligatorischen oder dinglichen Rechts zum unmittelbaren Besitze mangels des Her-

ausgabeanspruchs nicht mehr in der Lage, gemäß § 931 durch Vindicationscession das Eigentum zu übertragen. Zunächst ist zu bemerken, daß dieses Bedenken in gleicher Weise die herrschende Lehre trifft, die ebenfalls zugeben muß, daß der Eigentümer, z. B. nach Bestellung eines Nießbrauchs, einen Herausgabeanspruch an sich persönlich nicht mehr hat. Unstreitig betrifft aber § 931 auch die Abtretung dieses Anspruchs. M. E. ist wiederum in einer ausdehnenden Auslegung des § 931 die Lösung zu finden, indem man als Traditionssurrogat nicht nur den Herausgabeanspruch, sondern auch die dingliche Anwartschaft des Eigentümers auf den Rückerwerb des Rechts zum unmittelbaren Besitze anerkennt.

B. III.

In diesem Zusammenhange ist allerdings — im Gegensatz zu der Ansicht der Gesetzgeber — der Besitzübertragung die Bedeutung einer Verfügung beizumessen. Diese Auffassung ist nicht neu. Sie wird von Strohal[15]), Hellwig[16]), Mitteis[17]) und Raape[18]) mit besonderem Nachdruck vertreten. Strohal, Hellwig und Mitteis lassen allerdings unklar, auf welchen Gegenstand die in der Besitzübertragung liegende Verfügung sich bezieht. In Frage stehen folgende Objekte: Die Sache selbst, der Besitz als Recht gedacht, der Herausgabeanspruch des Eigentümers und endlich das Recht zum unmittelbaren Besitze.

Zur Uebertragung des bloß tatsächlichen Besitzes bedarf es keiner Verfügung, denn die rein tatsächliche Besitzüberlassung ohne rechtsgeschäftliche Bedeutung setzt keine technischen Willenserklärungen, sondern nur zwei gleich gerichtete Willen voraus; sie ist also lediglich ein Realakt[19]). Um eine Verfügung über den Besitz im Sinne eines „Rechts", worunter die Quelle der possessorischen und petitorischen Besitzschutzansprüche verstanden wird, kann es sich deshalb nicht handeln, weil dieses „Besitzrecht" nicht geeignet ist, der rei vindicatio stand zu halten. Die von den oben erwähnten Schriftstellern gemeinte Verfügung soll aber gerade die Wirkung hervorbringen, daß gegenüber dem Besitzer die Eigentumsklage versagt.

Nach Raape[20]) besteht die in der Besitzüberlassung enthaltene Verfügung in einem — auflösend bedingten oder befristeten — Verzicht des Eigentümers auf den Herausgabeanspruch an sich persönlich, sei es, daß er als Vermieter, Verleiher, Verkäufer auf Abzahlung oder zum Zwecke der Einräumung eines

---

[15]) a. a. O. S. 167 bb Anm. 26.
[16]) a. a. O. S. 429.
[17]) a. a. O. S. 25.
[18]) a. a. O. S. 97 ff.
[19]) Martin Wolff a. a. O. § 11 I S. 30.
[20]) a. a. O. S. 184.

vertraglichen Zurückbehaltungsrechts den Besitz übertragen hat. Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, daß der Herausgabeanspruch, auf den verzichtet werden soll, bei der Besitzübertragung noch gar nicht existiert, sondern erst durch die Besitzübertragung begründet wird, daß ferner die Möglichkeit der Trennung des Herausgabeanspruchs von seinem Mutterrecht begrifflichen Bedenken unterliegt[21]). Diesen Schwierigkeiten weiche ich aus, indem ich das Mutterrecht des auf die unmittelbare Besitzerlangung hinzielenden Herausgabeanspruchs als den Gegenstand der Verfügung betrachte, wobei ich allerdings nicht das Eigentum, sondern das „absolute Recht zum unmittelbaren Besitze" als das Mutterrecht dieses Anspruches ansehe.

Die Ansicht Raape's, mit der ich insoweit übereinstimme, als auch Raape der Besitzübertragung Verfügungscharakter beimißt, wird übrigens auch von Staudinger[22]) in wenig konsequenter Weise zu seinen Ausführungen zu § 986 Anm. 1 und § 985 Anm. VII gebilligt. Denn wenn man sich zu der Auffassung Raape's bekennt, kann man nicht gleichzeitig behaupten, das Recht zum Besitze sei nur als „Einrede" denkbar[23]), der Verzicht auf den Herausgabeanspruch sei nur möglich in dem Sinne, daß der Verzichtende damit gleichzeitig sein Eigentum aufgebe[24]). Wolff[25]) und von Tuhr[26]) können nicht zu den Anhängern Raape's gezählt werden, wenngleich es bei ihnen heißt, „die Besitzübertragung sei eine Verfügung über den Besitz", denn damit meinen sie offensichtlich den Besitz als „Recht" gedacht.

Dagegen ist Cosack[27]) mit Raape gleicher Ansicht: „Die Einräumung eines Besitzrechts bedeutet nichts anderes, als daß der Eigentümer insoweit zugunsten der Besitzberechtigten seines Herausgabeanspruchs sich begibt."

Am entschiedensten hat das Reichsgericht in seiner Entscheidung Bd. 106 109 gegen die Annahme, die rechtsgeschäftliche Besitzüberlassung enthalte eine Verfügung, Stellung genommen:

> „Namentlich mit Rücksicht auf die Vorschriften der §§ 571 ff., durch die dem Grundstücksmietvertrage nach der Gebrauchsüberlassung an den Mieter Wirkungen gegen den Erwerber des Mietgrundstückes oder von Rechten an diesen beigelegt werden, nehmen einige Rechtslehrer an,

---

[21]) Sohm, Der Gegenstand. S. 30.
[22]) a. a. O. Allgem. Teil S. 416.
[23]) Staudinger a. a. O. § 986 Anm. 1 S. 587.
[24]) Staudinger a. a. O. § 985 Anm. VII S. 586.
[25]) a. a. O. § 3 III Note 7; § 45 I 3 Note 9.
[26]) a. a. O. S. 240 Note 22.
[27]) a. a. O. § 54 II 2b S. 209.

daß in der Vermietung eines Grundstücks in Verbindung mit der Gebrauchsüberlassung eine Verfügung im Sinne des § 893 zu finden sei. Dem kann jedoch nicht beigepflichtet werden. Verfügungen im Sinne des B. G. B. sind diejenigen Rechtsgeschäfte, welche unmittelbar auf Uebertragung, Belastung oder Aufhebung eines Rechtes abzielen. .... Dies gilt auch für den § 893 ..... Deshalb fallen weder der Abschluß eines Mietvertrages, noch auch die Besitz- und Gebrauchsüberlassung oder beide zusammen unter diesen Begriff. Dafür sprechen auch ... die zwischen Vermietung und Verfügung unterscheidenden Bestimmungen der §§ 1375/1423 Ziff. 1; 1821 Ziff. 1 / 1822 Ziff. 4 und 5; 2113/2135."

M. E. ist aber nicht einzusehen, inwiefern die Besitzübertragung — wenigstens normalerweise — nicht den Voraussetzungen des Verfügungsbegriffes entspricht. Der Eigentümer, der dem Mieter ein absolutes Recht zum Besitze einräumt, überträgt damit ein Recht, das in seinem Eigentum enthalten ist. Auch gegen die Ausführungen Raape's erweisen sich die Gegengründe des Reichsgerichts nicht stichhaltig, denn wer auf seinen Herausgabeanspruch verzichtet, verfügt, indem er diesen Anspruch aufhebt.

Schwerwiegender ist dagegen das Bedenken, daß die Gesetzgeber tatsächlich die rechtsgeschäftliche Besitzübertragung zur Erfüllung eines Miet- oder Pachtvertrages nicht als Verfügung angesehen haben.

Dies ergibt sich zunächst aus § 1375 und § 1423 für das Gebiet des ehelichen Güterrechts. Das Verwaltungsrecht des Ehemannes umfaßt nicht die Befugnis, über eingebrachtes Gut seiner Ehefrau zu verfügen. Daneben wird im § 1423 die Verpachtung eines zum eingebrachten Gut gehörigen Grundstücks durch den Ehemann als selbstverständlich zulässig angesehen.

Das gleiche gilt für die §§ 2113 und 2135. Die Verfügung des Vorerben über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück ist bei Eintritt der Nacherbfolge, soweit sie das Nacherbenrecht beeinträchtigen würde, unwirksam. Demgegenüber ergibt sich aus § 2135, daß der Vorerbe unbeschränkt vermieten oder verpachten kann.

Dagegen kann man m. E. aus § 1821 Ziff. 1 und § 1822 Ziff. 4/5 — wenigstens dem Wortlaute nach — nicht einen Gegensatz zwischen Besitzübertragung und Verfügung herleiten. Nach § 1821 Ziff. 1 bedürfen Verfügungen des Vormunds über ein dem Mündel gehörendes Grundstück der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Im § 1822 Ziff. 4/5 wird nicht etwa überflüssigerweise die Vermietung

oder Verpachtung, d. h. nach dem Sprachgebrauch die miet- oder pachtweise Ueberlassung, nochmals als genehmigungspflichtig bezeichnet, sondern der Miet- oder Pacht v e r t r a g über ein Landgut oder einen gewerblichen Betrieb usw. der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung unterworfen.

Die Gesetzgeber sind bei der Formulierung dieser Paragraphen offensichtlich von der Vorstellung ausgegangen, das Pacht- oder Mietrecht des Besitzers könne nur auf eine Duldungsverpflichtung des Vermieters gestützt werden, wobei allerdings nur eine tatsächliche Besitzübertragung erfolgt und lediglich eine vertragliche Duldungspflicht übernommen wird, ohne daß eine Verfügung, e i n e Z u w e n d u n g d e s a b s o l u t e n R e c h t s z u m B e s i t z e, in Frage kommt. Wenn aber einmal zugegeben ist, daß möglicher- und sogar normalerweise die Besitzüberlassung eine Uebertragung des Rechts zum unmittelbaren Besitze — also eine Verfügung — enthält, so kann m. E. die einseitige Formulierung der vorerwähnten Paragraphen keinen Anlaß geben, von dieser Erkenntnis abzugehen. Haben doch angesehene Schriftsteller[28]) — abgesehen von den schon oben genannten: Strohal, Hellwig, Mitteis und Raape — ohne sich über den Verfügungscharakter der Besitzübertragung klar zu werden, über die zwischen Verfügung und Vermietung unterscheidende Terminologie im Gesetz hinweggesetzt und, — um einem elementaren Billigkeitserfordernis zu entsprechen, — die Verpachtung und Vermietung zu den unter § 883 Abs. II fallenden Rechtsgeschäften gezählt.

Ueberdies ergeben sich aus der praktischen Verwertung meiner Auffassung, daß die rechtsgeschäftliche Besitzübertragung normalerweise Zuwendung eines positiven Besitzrechts, also Verfügung bedeute, bei der Anwendung der §§ 1375/1423 Ziff. 1, 1821 Ziff. 1, 1822 Ziff. 4,5, 2113/2135 keine unhaltbaren Rechtsfolgen. Zur Einräumung eines solchen Rechts an einem eingebrachten Gut der Ehefrau durch den Ehemann ist allerdings dann die Zustimmung der Ehefrau erforderlich. Fehlt diese, so hat eben der Mieter, Pächter oder Abzahlungskäufer kein subjektiv absolutes Recht zum Besitze, sondern nur das schwächere Leistungsverweigerungsrecht erlangt, das natürlich, — wie im dritten Abschnitt zu zeigen ist, — im Konkurse und im Falle der Zwangsvollstreckung gegen den Eigentümer nicht die Wirkung haben kann, die ein absolutes positives Recht zum Besitze hervorzubringen geeignet ist. Hatten die Parteien, was allerdings nach meiner Auffassung i m Z w e i f e l s t e t s anzunehmen ist, die Absicht, ein

---

[28]) Wolff a. a. O. § 48 III 1 S. 138.
Rosenberg S. R. a. a. O. § 883 Anm. IV 1a S. 309.

subjektives Recht zum Besitze zu begründen, also zu „verfügen", so ist dieses Rechtsgeschäft zwar mangels der nach dem Gesetz zu einer Verfügung erforderlichen Zustimmung schwebend unwirksam. Trifft dieser Fall zu, so gilt aber in analoger Anwendung des § 140 das schwächere Leistungsverweigerungsrecht als vereinbart[29]).

Das gleiche gilt entsprechend bei der Anwendung der §§ 1821, Ziff. 1, und 1822, Ziff. 4/5. Ist in diesen Fällen die zur Bestellung eines subjektiven Rechts zum Besitze erforderliche Zustimmung nicht erteilt, so hat der Mieter gemäß analoger Anwendung des § 140 nur ein Leistungsverweigerungsrecht erlangt.

Ebenso wenig ergeben sich bei der praktischen Verwertung dieser Theorie hinsichtlich der §§ 2113 und 2135 irgendwelche Schwierigkeiten. Nach § 2113 sind nur solche Verfügungen unwirksam, die das Nacherbenrecht vereiteln oder beeinträchtigen würden. Die Uebertragung des Rechts zum Besitze aus dem Eigentum an einen Dritten berührt aber den Rechtsnachfolger des Eigentums nicht. (Siehe hierzu meine Ausführungen unter B. II. 2 dieses Abschnitts S. 38-40.) Aus der Bestimmung des § 2135 und der hier vertretenen Auffassung, daß die Besitzübertragung eine Verfügung über das Recht zum unmittelbaren Besitz enthalte, entsteht also keine Kontroverse.

Am wenigsten hat das Reichsgericht Veranlassung, diese Ansicht zu bekämpfen, denn es behandelt in nicht weniger als sieben Entscheidungen[30]), — soweit ich feststellen konnte, — die Besitzübertragung (zwecks Einräumung eines vertraglichen Zurückbehaltungsrechts) tatsächlich als Verfügung, indem es z. B. die unwirksame Bestellung eines Zurückbehaltungsrechts im Wege der Besitzübertragung durch einen Nichtberechtigten im Falle der Genehmigung des Berechtigten gemäß § 185 für wirksam erklärt. Dies ist deshalb besonders interessant, weil das Reichsgericht in diesen Fällen,

> — in denen die Besitzübertragung nicht im Rahmen eines obligatorischen Rechtsverhältnisses, wie bei Vermietung oder Verpachtung, erfolgte, —

nicht auf die rein begriffsjuristische Konstruktion der Duldungsverpflichtung verfallen ist, sondern als ganz selbstverständlich die Besitzübertragung als Verfügung behandelt. Als jüngste dieser Entscheidungen erwähne ich das Erkenntnis in

---

[29]) Die Zulässigkeit der analogen Anwendung des § 140 B. G. B. wird allgemein auch für schwebend unwirksame Rechtsgeschäfte anerkannt. Siehe Enneccerus a. a. O. § 189 V und die dort zitierte Literatur.

[30]) R. G. Z. 124/28, 83/238, 81/142, 68/367, 66/24, 58/37, 51/88.

Band 124/28. Es handelt sich hierbei um folgenden Tatbestand:

Der Kläger hatte dem Kaufmann F. einen ihm gehörigen Grundschuldbrief über RM. 15 000.— mit dem Auftrage übergeben, ihm hierauf Geld zu beschaffen. F. verhandelte im eigenen Namen mit der Beklagten und erhielt von dieser gegen Uebergabe des Briefes einen Kredit bis zu RM. 15 000.— eingeräumt. F. nahm den Kredit bis zur Höhe von RM. 13 000.— in Anspruch, ließ aber hiervon dem Kläger nur RM. 6050.— zukommen. Der Kläger zahlte später an die Beklagte die erhaltenen RM. 6050.— aus und erhob Klage auf Rückgabe des Briefes mit der Begründung, F. habe keine Erlaubnis gehabt, auf den Brief mehr als RM. 6000.— Kredit aufzunehmen. Die Beklagte dagegen behauptete, der Kläger habe der Beleihung des Grundschuldbriefes in voller Höhe zugestimmt und beantragte Klageabweisung. Das Reichsgericht geht von der Feststellung aus, daß F. in eigenem Namen mit dem Beklagten den Kreditvertrag abgeschlossen hat, daß ferner die angebliche Zustimmung des Klägers zu der Beleihung im Nominalwerte des Briefes streitig ist, und entscheidet nach folgendem Gesichtspunkt:

> „Dem Berufungsgericht ist darin beizutreten, daß auf Grund des Vertrages zwischen F. und der Beklagten ein Zurückbehaltungsrecht an sich nur zwischen den Vertragsschließenden wirkt .... Von Bedeutung für die Beurteilung der Sachlage ist aber in dieser Hinsicht die vom Berufungsgericht unberücksichtigt gelassene Vorschrift des § 986 Abs. I Satz 1. Auch wenn nur zwischen dem Beklagten und F. ein Zurückbehaltungsrecht vereinbart worden ist und F. dabei nicht gemäß § 164 im Rahmen des Klägers gehandelt hat, so sind doch die Voraussetzungen von § 986 Abs. 1 Satz 1 dann gegeben, wenn F. mit Einverständnis des Klägers der Beklagten zur Sicherung auch wegen des hier noch in Betracht kommenden Teiles ihrer Forderung (der weiteren RM. 6950.—) den Besitz des Grundschuldbriefes überlassen hat. Denn in einem solchen Falle hat F. gemäß § 185 auch in diesem Umfange der Beklagten den Besitz an dem Grundschuldbrief mit Rechtswirksamkeit gegenüber dem Kläger eingeräumt."

Die Anwendung des § 185 ist naturgemäß nur dann möglich, wenn man der Besitzübertragung die Bedeutung einer Verfügung beimißt.

In einer früheren Entscheidung — Band 67/367 — hat das Reichsgericht ein Urteil gefällt, das nur dann haltbar sein dürfte, wenn man das Recht zum Besitz des vertraglich zur Zurückbehaltung Berechtigten als ein absolutes Recht aner-

kennt. Das Reichsgericht gewährt nämlich in diesem Erkenntnis dem Retentionsberechtigten gegen den Eigentümer einen Anspruch auf Herausgabe der fehlerfrei in den Besitz des Eigentümers zurückgelangten Sache:

> „Nach dem Zurückbehaltungsvertrage war der Kläger verpflichtet, den Grundschuldbrief dem Beklagten solange zu belassen, bis er wegen seiner Bauforderungen befriedigt sein würde. Diese vertragsgemäße Verpflichtung wurde dadurch, daß der Kläger ohne den Willen des Beklagten durch einen Zufall den Besitz des Grundschuldbriefes erlangt hat (nämlich durch den Notar, der ihn für den Beklagten im Besitz und dann an den Kläger ausgehändigt hatte) nicht aufgehoben. Sie besteht auch jetzt noch, da die Befriedigung des Beklagten nicht eingetreten ist. Der Kläger ist daher, mag er auch fehlerfrei in den Besitz des Grundschuldbriefes gelangt sein, vertragsmäßig verpflichtet, dem Beklagten den Brief wieder auszuhändigen und die auf Herausgabe des Grundschuldbriefes gerichtete Widerklage ist daher gerechtfertigt."

Aus einer Verpflichtung des Klägers, dem Beklagten den Besitz zu „belassen", läßt sich aber m. E. weder ein Anspruch auf Herausgabe, noch ein Anspruch auf Beschaffung des Besitzes an dem Briefe gegen den Kläger herleiten. Die verbindliche Zusage, jemanden etwas zu belassen, setzt normalerweise voraus, daß dieser die Sache schon hat; selbst dann aber, wenn sich der Kläger verpflichtet hätte, die eventl. noch in seinem Gewahrsam vorhandene Sache dem Beklagten erst herauszugeben und sie ihm dann bis zum Eintritt einer bestimmten Bedingung zu belassen, wäre dieser vertragliche Herausgabeanspruch durch Erfüllung, — der Beklagte hatte ja den tatsächlichen Besitz an dem Grundschuldbrief erlangt — erloschen. Woher will der Beklagte einen zweiten Herausgabe- oder Verschaffungsanspruch hernehmen? Die Entscheidung des Reichsgerichts, die übrigens die Billigung der maßgebenden Kommentare[31]) erhalten hat, erscheint mir nur dann haltbar, wenn man annimmt, daß mit der Besitzübertragung das Recht zum unmittelbaren Besitze, das Mutterrecht des Herausgabeanspruchs, auf den retentionsberechtigtn Beklagten übergegangen ist, auf Grund dessen der Retentionsberechtigte die Herausgabe verlangen kann. Wenn das vertragliche Zurückbehaltungsrecht, wie die herrschende Lehre annimmt, nur ein reines Leistungsverweigerungsrecht wäre, so wäre

---

[31]) Staudinger a. a. O. zu § 862 S. 49.
R. G. R. K. a. a. O. § 273 Anm. 1 S. 441.
Planck a. a. O. § 273 Anm. 2 1b S. 168.

unerfindlich, wie dieses dem Berechtigten, wenn er den Besitz an der Sache an den Gegner fehlerfrei verloren hat, einen Anspruch auf Wiedereinräumung des Besitzes gewähren sollte.

Ebenso erkennt das Reichsgericht in der bereits oben unter B. II. 2 dieses Abschnitts auf Seite 48 zitierten Entscheidung an, daß der Eigentümer, der einen Hypothekenbrief an einen Dritten aushändigt mit der Verpflichtung, den Brief nicht eher zurückzuverlangen, damit den ihm zustehenden Herausgabeanspruch für seine Person zeitweise und bedingt ausschließe. Hier betrachtet also das Reichsgericht die Einräumung des Zurückbehaltungsrechts gleichzeitig einmal als Verpflichtungs- und einmal als Verfügungsgeschäft.

In einem weiteren Erkenntnis — R. G. Z. Bd. 58/37 — trifft das Reichsgericht eine bedeutsame Unterscheidung zwischen dem obligatorischen Pachtvertrag und der in Erfüllung dieses Vertrages erfolgten Besitzüberlassung:

> „Durch den Abschluß des Pachtvertrages (seitens der Ehefrau über ein zum eingebrachten Gut gehöriges Grundstück) wird aber in die Rechte des Mannes am eingebrachten Gut nicht eingegriffen. Der Abschluß des Pachtvertrages begründet nur ein Schuldverhältnis, vermöge dessen die Verpächterin zur Gewährung des Pachtbesitzes verpflichtet war. Der Pachtbesitz selbst würde erst durch die Erfüllung der Verpflichtung auf den Pächter übertragen worden sein. Diese Besitzübertragung brauchte der Mann ..... wegen der an dem eingebrachten Gut ihm zustehenden Rechte nicht zu dulden."

Das Reichsgericht zählt hiernach die Uebertragung des Besitzes an einer in die Ehe eingebrachten Sache durch die Ehefrau auf Grund eines Pachtvertrages zu denjenigen Rechtsgeschäften, die der Zustimmung des Ehemannes bedürfen. Diese Rechtsgeschäfte werden aber im § 1396 Abs. I vom Gesetze als „Verfügungen" bezeichnet.

Im gleichen Sinne hat das Reichsgericht in der Entscheidung Band 83 Seite 238 die Herausgabe von eingebrachten Aktien an einen Dritten durch die Ehefrau zwecks Einräumung eines vertraglichen Zurückbehaltungsrechts als eine zustimmungspflichtige Verfügung behandelt.

Der Widerspruch des Reichsgerichts gegen die von Cosack, Raape, Mitteis, Helwig und Strohal verfochtene Lehre, daß die Besitzübertragung eine Verfügung enthalte, scheint mir ebenso unkonsequent wie die Stellungnahme Staudingers, der diese Auffassung grundsätzlich als richtig anerkennt, aber

ihre praktische Anwendung ablehnt[34]) Wolff[32]) und Rosenberg[33]) zählen im Falle des § 883 Abs. II die Besitzüberlassung zu denjenigen Rechtsgeschäften, die dem Vormerkungsgläubiger gegenüber unwirksam sind. Hierunter fallen aber nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes (§ 883 Abs. II) nur die Verfügungsgeschäfte. Wolff und Rosenberg können daher auch nicht mehr zu den eigentlichen Gegnern dieser Richtung gerechnet werden, die in der Besitzüberlassung eine Verfügung erblickt. Der einzige, der von seinem Standpunkt folgerichtig den Charakter der Besitzüberlassung als Verfügung in Abrede stellt, ist Planck. Er muß jedoch für seine konsequente Haltung zahlreiche, m. E. untragbare Unbilligkeiten in Kauf nehmen (so im Falle des § 883 Abs. II, 893, abgesehen von dem im ersten Abschnitt dargelegten Schwierigkeiten, die bei Annahme des Verfügungscharakters der Besitzübertragung, — wie im dritten Abschnitt zu zeigen ist —, eine annehmbare Lösung finden). Es kann aber nunmehr keinesfalls behauptet werden, daß eine herrschende Lehre gegen die hier vertretene Auffassung Stellung nehme. Im Gegenteil scheint mir die Lehrmeinung Raapes und seiner Anhänger, daß die Besitzübertragung eine Verfügung darstelle, überwiegend an Boden gewonnen zu haben.

Ich glaube nun keinen allzu gewagten Schritt zu tun, indem ich aus den unter B. III. dieses Abschnitts Seite 41 ff. angeführten Gründen abweichend von Raape als Gegenstand der Verfügung nicht den auf die unmittelbare Besitzerlangung zielenden Herausgabeanspruch betrachte, sondern das Recht zum unmittelbaren Besitz als das Objekt dieser Verfügung ansehe.

B. IV.

Meine Auffassung, daß auch der obligatorisch zum Besitz Berechtigte auf Grund der rechtsgeschäftlichen Besitzübertragung ein absolutes Recht zum Besitze erlangt, wird übrigens auch von der herrschenden Lehre in einem Falle — mehr oder minder unbewußt — bestätigt.

Es handelt sich darum, ob dem früheren Besitzer, der aus J 1007 Abs. II auf Herausgabe der Sache klagt, gegenüber der Einwendung des beklagten Besitzers, er sei Eigentümer, die Möglichkeit gegeben ist, ein dem besitzenden Eigentümer vorgehendes Recht zum Besitze geltend zu machen. Dies wird von der herrschenden Lehre unterschiedslos dem obligatorisch wie dem dinglich zum Besitze Berechtigten zugestanden. Eine solche Kraft kann aber, — wenn man die von der herrschenden Lehre verfochtene Konstruktion des obligatorischen Be-

[32]) a. a. O. § 48 III 1 S. 138.
[33]) a. a. O. § 883 Anm. IV 1a.
[34]) siehe oben S. 42 Anm. 23 und 24.

sitzrechts zugrunde legt, — dem Recht zum Besitz der nur obligatorisch Berechtigten nicht beigelegt werden, denn deren Recht zum Besitz setzt doch nach der herrschenden Lehre zu seiner Geltendmachung den gegenwärtigen tatsächlichen Besitz voraus. Der aus § 1007 klagende frühere Besitzer, z. B. der Mieter, hat aber den tatsächlichen Besitz nicht; er will ihn ja erst zurückerwerben. Er könnte also, wenn man an der von der herrschenden Lehre geteilten Auffassung, die obligatorische Besitzberechtigung setze voraus

1. den tatsächlichen Besitz,
2. eine Duldungsverpflichtung des Eigentümers,

festhält, mangels des tatsächlichen Besitzes nicht mit der Replik seines Rechts zum Besitz die Einwendung des beklagten Besitzers, er sei Eigentümer, schlagen. Dies Ergebnis wird aber von der herrschenden Lehre ganz einstimmig abgelehnt und den Besitzberechtigten unterschiedslos eine gegenüber dem Eigentumseinwand durchgreifende Replik zugebilligt[35]). Wie wollen aber diese ihre Stellungnahme aufrechterhalten, ohne zuzugeben, daß auch das Recht zum Besitz der obligatorisch zum Besitz Berechtigten ein subjektives, abstraktes, absolutes, von dem tatsächlichen Besitz nicht abhängiges Recht ist?

Nur dann, wenn sie das Recht zum Besitz auch der obligatorisch Berechtigten verselbständigen, können sie den Mieter mit der Replik aus seinem Recht zum Besitz gegenüber der Eigentumseinwendung des beklagten Besitzers durchdringen lassen. Dies ist natürlich grundsätzlich (Ausnahme § 986 Abs. II) im Einverständnis mit der herrschenden Lehre auf die Fälle zu beschränken, in denen der beklagte Besitzer der aus der obligatorischen Rechtsbeziehung verpflichtete Vertragsgegner des Klägers oder der Gesamtrechtsnachfolger dieses Vertragsgegners ist.

Damit komme ich zu dem Ergebnis, daß die Auffassung, die rechtsgeschäftliche Besitzübertragung enthalte eine Verfügung, fast vorherrschend in der Rechtslehre zu nennen ist, daß weiterhin auch meine Ansicht, diese Verfügung erstrecke sich nicht auf einen einzelnen Herausgabeanspruch, sondern auf dessen Mutterrecht, — das Recht zum unmittelbaren Besitze — in einzelnen Fällen mehr oder minder unbewußte Bestätigung sowohl durch die Rechtssprechung als auch die Rechtslehre erfahren hat.

[35]) R. G. R. K. § 1007 Anm. V. S. 342.
Staudinger a. a. O. § 1007 B 1b S. 638.
Planck a. a. O. § 1007 2b S. 531.
Biermann a. a. O. § 1007 Anm. 3c.
Martin Wolff a. a. O. § 23 II 1 in Verbindung mit Note 9 S. 60.
Cosack a. a. O. § 17 III 2b β. γ. Beispiel II S. 58.
Gierke a. a. O. § 39 II 2a, S. 77.
Endemann a. a. O. § 46 4b S. 254.

Dritter Abschnitt.

A.

Nunmehr ist die praktische Bedeutung des absoluten Rechts zum unmittelbaren Besitze zu behandeln.

A. I.

Zunächst findet die umstrittene Frage, ob die Vermietung oder Verpachtung, d. h. die in Erfüllung eines Miet- oder Pachtvertrages erfolgte Besitzüberlassung, eine Verfügung sei, eine kompromißlose Lösung. Sie kann bejaht werden, ohne daß man mit dem allgemein als richtig anerkannten Rechtssatz:

> „Verfügungen im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches sind diejenigen Rechtsgeschäfte, welche unmittelbar auf Uebertragung, Belastung, Aenderung oder Aufhebung eines Rechts abzielen“[1])

in Widerspruch gerät. Denn die Besitzübertragung enthält normalerweise eine Verfügung, nämlich die Uebertragung des absoluten Rechts zum unmittelbaren Besitze auf den Mieter oder Pächter. Damit erhält die einzig und allein als billig anerkannte Entscheidung, daß die Vermietung und Verpachtung eines Grundstücks im Falle des § 883 Abs. II dem eingetragenen Vormerkungsgläubiger gegenüber unwirksam sei, eine schlüssige Begründung.

A. II.

Ferner wird durch die Anerkennung der Besitzübertragung als Verfügung über das Recht zum unmittelbaren Besitze eine weitere Unbilligkeit: die Rechtlosigkeit des Mieters oder Pächters, der von einem Scheineigentümer den Miet- oder Pachtbesitz erlangt hat, vermieden. Denn ebenso wie im Falle des § 883 Abs. II ist dann auch nach § 893 Abs. II die miet- oder pachtweise Besitzüberlassung zu denjenigen Rechtsgeschäften zu zählen, bei denen der gutgläubige Kontrahent des Scheineigentümers nach Erlangung des Besitzes in seinem Rechte zum unmittelbaren Besitz geschützt wird. Gemäß § 893 muß sich dann der wahre Eigentümer so behandeln lassen, als ob er mit dem Mieter bezw. Pächter den Vertrag abgeschlossen hätte.

---

[1]) R. G. Z. 106/109 und die dort angeführte Literatur.

B.

Endlich wird auch bei der von mir vorgeschlagenen Würdigung des Rechts zum unmittelbaren Besitze die Möglichkeit eines Versäumnisurteils gegen den nicht erschienenen beklagten Besitzer vermieden, sofern sich aus dem Klagevortrag eine subjektive, absolute Besitzberechtigung des beklagten Besitzers ergibt. Im Zweifel ist m. E. anzunehmen, daß dem Mieter und Pächter nach dem Parteiwillen ein solches absolutes, ausschließliches Recht zum Besitze zustehen soll. Bedenken gegen diese Annahme dürften jedoch dann gegeben sein, wenn die Besitzüberlassung unentgeltlich erfolgt ist, so z. B. bei der Leihe. Normalerweise kann angenommen werden, daß ein Verleiher, der für seine Leistung keinen Gegenwert erhält, nicht die Absicht hat, dem Entleiher mehr zuzuwenden, als den rein tatsächlichen Besitz. Dies ergibt sich aus der Natur der Sache; denn der ganze rechtsgeschäftliche Verkehr beruht auf dem Prinzip des Wertaustausches. Im Zweifel dürfte daher m. E. bei unentgeltlicher Besitzüberlassung die Begründung eines nur durch Duldungsverpflichtung rechtlich geschützten Besitzes gewollt sein[2]).

Ob also ein absolutes Recht zum unmittelbaren Besitze vorliegt oder nur ein ope exceptionis gestützter tatsächlicher Besitz, kann wohl ohne Schwierigkeit aus der Ent- oder Unentgeltlichkeit der Besitzüberlassung erforscht werden.

Ferner werden bei der Anerkennung der rechtlichen Möglichkeit, auch den obligatorisch zum Besitze Berechtigten ein absolutes Recht zum unmittelbaren Besitze einzuräumen, die im ersten Abschnitt unter C. I. 2 Seite 14/15 erwähnten Zufallsentscheidungen vermieden. Wenn aus dem Klagevortrag hervorgeht, daß zwar nicht der Beklagte, — aber auch nicht der Kläger, — sondern ein Dritter Inhaber des Rechts zum unmittelbaren Besitze an der in Streit befindlichen Sache ist, ist grundsätzlich nur eine Klage auf Herausgabe an diesen Dritten schlüssig. Klagt der Eigentümer dagegen auf Herausgabe an sich, so ist im Falle der Terminsversäumnis grundsätzlich der Antrag auf Erlaß eines Versäumnisurteils zurückzuweisen

---

[2]) Die in den §§ 604, 605 B. G. B. enthaltenen Bestimmungen über die Rückgabeverpflichtung des Entleihers können sowohl dann angewandt werden,

wenn der Besitz des Entleihers auf einer reinen Duldungsverpflichtung des Verleihers beruht,

als auch dann,

wenn der Entleiher kraft eines selbständigen subjektiven absoluten Rechts besitzt.

Im ersten Falle wird unter den Voraussetzungen der oben erwähnten Bestimmungen (§§ 604, 605) der ursprüngliche, durch die Duldungsverpflichtung nur gehemmte Herausgabeanspruch wieder fällig, im letzteren Falle begründet das Gesetz selbst einen Anspruch auf Zurückübertragung.

und nicht nur dann, wenn der Kläger (Eigentümer) mehr oder minder zufälligerweise, — in der Annahme, es spräche zu seinen Gunsten, — behauptet, dem Beklagten sei der Besitz unbefugterweise überlassen worden. (§ 986 Abs. I Satz 2.)

C. I.

Die praktisch wichtigsten Konsequenzen der Anerkennung eines absoluten Rechts zum unmittelbaren Besitze liegen jedoch auf dem Gebiete des Konkurses und der Zwangsvollstreckung. Hier macht sich der Unterschied zwischen der herrschenden Auffassung vom Recht zum Besitze:

als einem unselbständigen, auf der Besitztatsache und einer Duldungsverpflichtung beruhenden Rechtsgebilde

und der hier vertretenen Würdigung des Rechts zum unmittelbaren Besitze:

als einem selbständigen absoluten Recht

besonders bemerkbar. Zwar kommt dem Recht zum unmittelbaren Besitze keine Aussonderungskraft zu. Denn aussondern heißt, die Nichtzugehörigkeit eines Gegenstandes zum Vermögen des Gemeinschuldners behaupten. Dazu aber ist der nur zu unmittelbarem Besitze Berechtigte keinesfalls imstande, solange der Verkäufer (Gemeinschuldner) Eigentümer der übergebenen Sache ist. Auch ist nicht einzusehen, inwiefern das Recht zum unmittelbaren Besitze ein Recht auf Befriedigung aus der Sache gewähren sollte, abgesehen davon, daß es in dem geschlossenen Kreis der Absonderungsrechte nicht aufgenommen ist.

C. I. 1.

Trotzdem erfährt die Rechtslage eines absolut zum Besitze Berechtigten, insbesondere die Rechtsstellung eines bereits im Besitze des Kaufobjekts befindlichen K ä u f e r s, eine wesentliche Verbesserung gegenüber der des nur ope exceptionis Besitzenden. Das Recht zum unmittelbaren Besitze des Käufers kann nämlich während des Konkurses zum mindesten aufrecht erhalten werden und ermöglicht nach Beendigung des Konkurses unter Umständen die Durchführung des Anspruchs auf Eigentumsverschaffung.

C. I. 1a.

Fall I:

Während z. B. in dem im ersten Abschnitt auf Seite 16 dargestellten Fall I der Käufer trotz fast vollständiger Zahlung des Kaufpreises, trotz seines schon seit langem bestehenden Besitzes an dem gekauften Auto, den Wagen zur Konkursmasse zurückgeben muß und nur eine Konkursdividende als Ersatz erhält, ändert sich dieses unbillige Ergebnis zu Gunsten des Käufers, wenn man dem Käufer auf Grund der Besitzübertragung ein absolutes Recht zum Besitze zubilligt, a l l e r-

dingsauflösend befristet für den Fall, daß der Käufer seine Ratenzahlungen nicht einhält; denn dann muß der „Verkäufer unter Eigentumsvorbehalt" selbstverständlich wieder berechtigt sein, die Herausgabe des Wagens an sich zu verlangen, weil dies ja gerade der Zweck der mit dem Eigentumsvorbehalt erstrebten Sicherung ist. Ebensowenig dürfte aber auch meine Auffassung, daß der Käufer, solange er pünktlich bezahlt, ein absolutes, ausschließliches Recht zum unmittelbaren Besitze hat, auf Widerspruch stoßen. Dieses Recht erwächst dem Käufer durch die Besitzübertragung derivativ constitutiv aus dem Vollrecht des Eigentums. Die neben der Einräumung dieses Rechts vereinbarte Resolutivbedingung kann der Käufer durch Einhaltung seiner Zahlungsverpflichtungen grundsätzlich aus dem Wege räumen. Das dem Käufer eingeräumte Recht zum unmittelbaren Besitze ist ein selbständiger, in sich abgeschlossener Rechtserwerb. Die Tatsache, daß das Recht zum unmittelbaren Besitz fast kaum in einer reinen, ungemischten Form in Erscheinung tritt, vielmehr stets eingekleidet ist in ein speziell normiertes, dingliches oder obligatorisches Recht, hat m. E. seine Rechtsnatur als selbständiges, absolutes Recht verkennen lassen. In Reinkultur zeigt sich das Recht zum unmittelbaren Besitze in der Person des vertraglich zur Zurückhaltung Berechtigten. Die Resolutivbedingung verringert das vom Käufer erlangte Recht zum unmittelbaren Besitz nicht zu einer bloßen Anwartschaft, denn, was wir Resolutivbedingung nennen, ist in Wahrheit eine auf Wiederauflösung des Rechtsgeschäfts gerichtete bedingte N e b e n willenserklärung. (Vergl. Enneccerus[3]). Der Rechtserwerb des Käufers auf Grund der Besitzübertragung in Gestalt des Rechts zum unmittelbaren Besitze ist also in sich perfekt. Durch die Resolutivbedingung wird das Recht zum unmittelbaren Besitze nicht in seiner Konstruktion berührt, sondern nur in seiner zeitlichen Trennung aus dem Eigentum begrenzt:

> Mit dem Ausfall der auflösenden Bedingung soll sich Eigentum und Recht zum unmittelbaren Besitz in der Person des Käufers,
>
> mit dem Eintritt der auflösenden Bedingung sollen sich diese Rechte wieder in der Person des Eigentümers (Verkäufers) vereinigen.

Wenn nun der Konkursverwalter die Erfüllung des Kaufvertrages ablehnt, macht er es dem Käufer unmöglich, mit Erfüllungswirkung die noch ausstehenden Kaufpreiszahlungen zu leisten. (Dies habe ich im ersten Abschnitt unter C. II. 1a aa

---

[3]) a. a. O. § 181 III Note 10 S .492 und die dort zitierte zustimmende Literatur.

Seite 16 ff. eingehend dargelegt.) Damit führt der Konkursverwalter künstlich die Tatsache der Nichtzahlung des Kaufpreises, d. h. die Bedingung herbei, von deren Eintritt der Rückfall des Rechts zum unmittelbaren Besitze an den Gemeinschuldner (Verkäufer) abhängt. Der Konkursverwalter kann also an sich durch die Erfüllungsablehnung das Recht des Käufers zum unmittelbaren Besitze vernichten. Die Herbeiführung des Eintritts der auflösenden Bedingung durch Ablehnung der Erfüllung des Kaufvertrages verstößt aber m. E. in diesem Falle wider Treu und Glauben. Zwar ist der Konkursverwalter an sich berechtigt, gemäß § 17 K. O. die Erfüllung eines noch nicht oder noch nicht vollständig erfüllten Rechtsgeschäfts abzulehnen. Die Ausübung dieser Befugnis widerspricht aber dann der Auffassung von Treu und Glauben, wenn durch die Erfüllung ein der par conditio creditorum gleichwertiger Grundsatz verletzt wird. Dies trifft hier zu. Der Konkursverwalter verstößt gegen das Prinzip:

> daß, soweit vor Konkurseröffnung ein vollständiger Rechtserwerb auf der einen oder anderen Vertragsseite erfolgt ist, dieser dem Erwerber verbleiben soll. (Siehe hierzu meine Ausführungen und Belege im ersten Abschnitt unter C. II. 1a, aa. S. 16 ff.)

Unter einem solchen selbständigen Vermögenszuwachs sind natürlich nicht die Verschaffungsansprüche gegen den Gemeinschuldner zu verstehen, denn diese haben ja gerade kraft der besonderen Regelung im Konkursverfahren nur Anrecht auf konkursmäßige Befriedigung. Positiv ausgedrückt ist m. E. dann ein selbständiger und als solcher geschützter Vermögenszuwachs anzunehmen, wenn der Vertragsgegner des nachmaligen Gemeinschuldners von diesem vor Konkurseröffnung entweder: erstens ein absolutes Recht oder zweitens einen zwar relativen, aber „auf Herausgabe" gegen den Gemeinschuldner oder auf Verschaffung gegen einen Dritten gerichteten Anspruch erlangt hat. Grundsätzlich ist die Erfüllungsablehnung ein gutes Recht des Konkursverwalters. Die daraus für den Vertragsgegner des Gemeinschuldners sich ergebenden Härten berechtigen aus allgemeinen Billigkeitserwägungen nicht zu der Schlußfolgerung, in der Erfüllungsablehnung liege ein treuwidriges Verhalten des Konkursverwalters. Dernburg[4]) ist zwar dieser Auffassung, indem er, ohne die besonderen konkursrechtlichen Umstände zu würdigen, die Uebereignung eines bereits einem Käufer übergebenen Grundstücks durch den Konkursverwalter für einen Vertrauensbruch erklärt. Dem ist aber nicht beizustimmen, weil das Verhalten des Konkursverwalters im Rahmen der kon-

---

[4]) a. a. O. Bd. 3 S. 323 § 92 Anm. 2.

kursrechtlichen Bestimmungen gewürdigt werden muß. Erst wenn das Vorgehen des Konkursverwalters auch mit konkursrechtlichen Schutzbestimmungen zugunsten des Vertragsgegners des derzeitigen Gemeinschuldners in Konflikt gerät, kann es als wider Treu und Glauben verstoßend bezeichnet werden. Diesen Nachweis glaube ich geführt zu haben.

Wenn also der Konkursverwalter die Erfüllungsablehnung erklärt, führt er in unserem Falle wider Treu und Glauben den Eintritt der Bedingung herbei, die nach der Parteivereinbarung den Rückfall des Rechts zum unmittelbaren Besitze an den Eigentümer (Gemeinschuldner) bewirken sollte. Nach § 162 Abs. II gilt in diesem Falle aber der Eintritt der Bedingung als nicht erfolgt. Der Käufer behält infolgedessen gegenüber der rei vindicatio des Konkursverwalters sein Recht zum unmittelbaren Besitz.

Diesen Schutz kann die herrschende Lehre dem Käufer nicht gewähren, denn sie billigt ihm kein subjektives, absolutes Recht zum Besitz, sondern lediglich einen tatsächlichen, nur durch den Verschaffungsanspruch auf Uebertragung des Eigentums rechtlich gestützten Besitz zu. Sie versagt ihm damit einen selbständigen positiven Rechtserwerb, der ihm nach dem oben erörterten Grundsatze verbleiben müßte. Der bloße Besitz, selbst wenn man ihn als Recht betrachten wollte, kommt als selbständiger Rechtserwerb nicht in Frage, denn er unterliegt grundsätzlich der rei vindicatio des Eigentümers. Der Verschaffungsanspruch ist gerade der Gegenstand der besonderen konkursrechtlichen Regelung; er wird durch die Erfüllungsablehnung, — wenn auch noch nicht endgültig, — in eine konkursmäßig zu befriedigende Schadensersatzforderung umgewandelt. Damit erlischt das Recht des nur ope exceptionis zum Besitze Berechtigten.

Aus der Besonderheit der durch den Eigentumsvorbehalt geschaffenen Rechtslage ergibt sich noch eine weitere Rechtsfolge: Mit der Vollzahlung des Kaufpreises sollte nach der Vereinbarung der Parteien auch das unter aufschiebender Bedingung übertragene Eigentum endgültig auf den Käufer übergehen. Indem der Konkursverwalter dem Käufer die restlose Bezahlung des Kaufpreises unmöglich macht, verhindert er auch — wider Treu und Glauben, — den Eintritt der Bedingung, von der der Eigentumsübergang abhängt. Diese gilt infolgedessen nach § 162 Abs. I mit der Herbeiführung der Bedingung als eingetreten, so daß der Käufer nicht nur sein Recht zum Besitz behält, sondern sogar durch die im § 162 Abs. I begründete Fiktion Eigentümer des Wagens wird. Da es sich hierbei nicht um den Neuerwerb eines Rechts nach Konkurseröffnung, sondern lediglich um die Erweiterung des bereits vor Konkurseröffnung entstandenen Rechts zum unmittelbaren

Besitze und der Anwartschaft auf den Eigentumserwerb in das Vollrecht des unbeschränkten Eigentums handelt, hat dieser Rechtserwerb volle Rechtswirksamkeit auch gegenüber den übrigen Konkursgläubigern[5]).

Wenn der Konkursverwalter, ohne sich gegenüber dem Eigentümer gemäß § 17 K. O. zu erklären, den Wagen im Wege der vindicatioscession an einen Dritten übereignet, so wird diese Verfügung, da sie den Eigentumserwerb des Käufers vereiteln würde, gemäß § 161 unwirksam, sobald der Eintritt der Bedingung, die Vollzahlung des Kaufpreises, erfolgt. Hieran kann aber der Käufer, wenn der Konkursverwalter die Erfüllung nicht abgelehnt hat, nicht gehindert werden. In der Schwebezeit ist der Käufer gegenüber einem Dritterwerber gemäß § 986 Abs. II gesichert, da dem Konkursverwalter eine Uebertragung des Eigentums an dem im Besitze des Käufers befindlichen Wagen nur nach § 931 möglich ist.

Im Ergebnis ist also festzustellen, daß der Käufer einer Mobilie unter Eigentumsvorbehalt nach der Besitzerlangung auf Grund seines absoluten Rechts zum unmittelbaren Besitze im Falle der hierauf eintretenden Konkurseröffnung über das Vermögen des Verkäufers vor Rechtsverlust geschützt ist.

C. I. 1b.

Fall II:

Dies trifft auch dann zu, wenn der Verkäufer den Wagen ohne aufschiebend bedingte Einigung über den Eigentumsübergang dem Käufer übergeben hat. Der Käufer erlangt zwar in diesem Falle keine Anwartschaft auf den Eigentumserwerb, sondern — im Zweifel wenigstens, — nur das absolute Recht zum unmittelbaren Besitz. Wenn der Käufer den Kaufpreis schon vor Konkurseröffnung ganz bezahlt hatte, so ist normalerweise anzunehmen, daß ihm nach dem Parteiwillen ein unbedingtes Recht zum unmittelbaren Besitz zustehen soll. Hat er ihn aber zu diesem Zeitpunkt noch nicht oder nur teilweise geleistet, so dürfte es m. E. einem natürlichen, in der Besitzübertragung zum Ausdruck gelangten Parteiwillen entsprechen, daß dem Käufer ein Recht zum Besitze nur solange zustehen soll, als er seine Zahlungsverpflichtung einhält. Erfüllt er diese nicht, so tritt die auflösende Bedingung ein: das Recht zum unmittelbaren Besitze fällt dem Eigentümer (Gemeinschuldner) zurück. Hieraus ergibt sich, daß der Käufer in den Fällen, in denen er Rechtsschutz verdient, d. h. also: falls er schon ganz bezahlt hat oder mit seiner Leistungspflicht nicht im Verzuge ist, — ein absolutes Recht zum un-

---

[5]) Jaeger a. a. O. § 15 Anm. 15 S. 273.
Mentzel a. a. O. § 15 Anm. 5 S. 78.
Sydow Busch a. a. O. § 15 Anm. 7 S. 68.

mittelbaren Besitze hat. Dieses schützt ihn gegen die rei vindicatio des Konkursverwalters. Ist das Recht zum Besitz des Käufers ein unbedingtes, so unterliegt dies keinem Zweifel, denn dann wird es durch die — in der Klage des Konkursverwalters auf Herausgabe zu erblickende — Erfüllungsablehnung überhaupt nicht berührt. Ist es ein auflösend bedingtes, so würde es an sich durch die Erfüllungsablehnung erlöschen, weil der Konkursverwalter hierdurch den Eintritt der auflösenden Bedingung, nämlich den Tatbestand der Nichtzahlung des Kaufpreises fictiv herbeiführt. Hier greift aber wiederum § 162 Abs. II ein, da aus den oben unter C. I. 1a S. 55 f. dargelegten Gründen die Erfüllungsablehnung durch den Konkursverwalter in diesem Falle wider Treu und Glauben verstoßen würde. Der Eintritt der Bedingung gilt als nicht erfolgt, das absolute Recht zum Besitz des Käufers bleibt bestehen und bringt die rei vindicatio des Konkursverwalters zu Fall. Nach der herrschenden Lehre, die den obligatorisch zum Besitz Berechtigten nur ope exceptionis in seinem Besitz rechtlich anerkennt, ihm also einen positiven Rechtserwerb in der Gestalt des absoluten Rechts zum unmittelbaren Besitz versagt, könnte die Erfüllungsablehnung durch den Konkursverwalter nicht als treuwidrig bezeichnet werden, weil in diesem Falle die Schutzvorschrift:

> — soweit vor Konkurseröffnung ein Rechtserwerb sich auf der einen oder anderen Vertragsseite vollendet hat, soll dieser dem Erwerber verbleiben —

mangels Anerkennung eines solchen Rechtserwerbs auf Seiten des Käufers nicht Platz greifen kann. Der nur ope exceptionis zum Besitze berechtigte Käufer würde durch die Erfüllungsablehnung sein Recht zum Besitz verlieren und der rei vindicatio des Konkursverwalters unterliegen.

Die Erfüllungsablehnung des Konkursverwalters bewirkt zwar hier nicht — im Gegensatz zum Falle I — kraft der Fiktion des § 162 Abs. I den Eintritt einer den Einigungsübergang bewirkenden Bedingung, da in diesem Falle nach dem gegebenen Sachverhalt die Vereinbarung eines aufschiebend bedingten Eigentumsüberganges nicht erfolgt war.

Das Eigentum des Gemeinschuldners und das Recht zum Besitz des Käufers stehen sich also getrennt gegenüber, ohne daß einer von beiden die Möglichkeit hat, die Vereinigung dieser Rechte in seiner Person herbeizuführen. Denn auch der absolut zum Besitz Berechtigte hat ebensowenig wie der nur ope exceptionis besitzende Käufer die Möglichkeit, während des Konkursverfahrens seinen Uebereignungsanspruch durchzusetzen. Denn dieser hat während des Konkursverfahrens grundsätzlich nur Anrecht auf konkursmäßige Befriedigung. Macht der Käufer diesen Anspruch während des Konkurses

bei dem Konkursverwalter geltend, so braucht dieser nichts zu leisten; meldet er ihn zur Konkurstabelle an, so führt dies zur Umwandlung des Uebereignungsanspruchs in eine Geldforderung, die mit der Eintragung der Forderung in der Konkurstabelle endgültig ist. Zur Beteiligung am Konkursverfahren ist aber kein Gläubiger gezwungen. Jaeger[6]) bemerkt hierzu:

> „Forderungen, die nicht festgestellt worden sind, bewahren ihren ursprünglichen Charakter. Darum kann besonders ein Gläubiger, der sich am Konkursverfahren überhaupt nicht beteiligt hatte, nach Konkursbeendigung den Anspruch in seiner außer-konkursmäßigen Gestalt und nur in dieser gegen den Schuldner verfolgen."

Nur die endgültige, Urteilswirkung erzeugende Feststellung des Schätzungswertes eines auf Individualleistung gerichteten Anspruchs in der Konkurstabelle bewirkt die endgültige Verwandlung in eine Geldforderung. Der Käufer darf daher, um sich vor Verlust seines Anspruchs auf Verschaffung des Eigentums zu schützen, diese Forderung nicht zur Konkurstabelle anmelden, sondern muß die Beendigung des Konkursverfahrens abwarten; dann kann er gegen den ehemaligen Gemeinschuldner den Anspruch auf Uebereignung unbeschränkt geltend machen.

Dieser Weg ist jedoch praktisch nur für den absolut zum Besitze berechtigten Käufer gangbar. Der Käufer, dem nur ope exceptionis ein Recht zum Besitze zusteht, unterliegt der rei vindicatio des Konkursverwalters. Er kann sich zwar seinen Anspruch auf Eigentumsverschaffung durch Nichtbeteiligung am Verfahren erhalten, aber nach der Beendigung des Konkursverfahrens ist selbstverständlich das Vermögen des Gemeinschuldners liquidiert und das Kaufobjekt, das der nur ope exceptionis zum Besitze berechtigte Käufer dem Konkursverwalter herausgeben mußte, ist längst veräußert. Wenn er sich vor größerem Schaden schützen will, muß er notwendigerweise seinen Anspruch zur Konkurstabelle anmelden, um wenigstens einen konkursmäßigen Ersatz zu erhalten.

Anders ist die Rechtslage des absolut zum Besitz Berechtigten. Zunächst unterliegt er nicht der rei vindicatio des Konkursverwalters. Zwar kann auch er eine Veräußerung des Wagens durch den Konkursverwalter nicht hindern. Gegenüber dem Neuerwerber ist er aber gemäß § 986 Abs. II geschützt, denn solange der Käufer unmittelbarer Besitzer ist, kann der Konkursverwalter das Eigentum an den Wagen nur nach § 931 übertragen.

---

[6]) a. a. O. § 164 Anm. 1, 2 u. 11; a. a. O. § 69 Anm. 6. Siehe auch: von Wilmowski a. a. O. § 164 Anm. 5 S. 254.
Mentzel a. a. O. § 164 Anm. 1; Sydow Busch a. a. O. § 164 Anm. 2.

Dieser Rechtszustand — die Trennung zwischen Recht zum unmittelbaren Besitz und Eigentum — überdauert allerdings das Konkursverfahren, ohne notwendig wieder zu einer Vereinigung dieser Rechte in der Person einer der Vertragsparteien zu führen. Der Käufer ist hier nicht, wie bei der durch Eigentumsvorbehalt aufschiebend bedingten Uebereignung, in der Lage, durch volle Auszahlung des Kaufpreises den Eigentumsübergang an sich herbeizuführen. Sein nach Beendigung des Konkursverfahrens wieder auflebender Anspruch auf Verschaffung des Eigentums gegen den Gemeinschuldner führt praktisch nicht unbedingt zum Ziel, denn der Gemeinschuldner ist normalerweise nach Beendigung des Konkursverfahrens nicht mehr Eigentümer des dem Käufer übergebenen Wagens, weil der Konkursverwalter selbstverständlich in dem Bestreben, alle erreichbaren Vermögenswerte des Gemeinschuldners in Geld umzusetzen, den Wagen durch Vindicationscession veräußert haben wird. Der Neuerwerber ist zwar dann Eigentümer, aber der Käufer kann sich, durch § 986 Abs. II geschützt, mit Erfolg gegen seinen Herausgabeanspruch verteidigen. Die Folge ist eine Dauerspaltung zwischen Recht zum Besitz und Eigentum. Dies ist aber nicht etwa ein Sonderergebnis meiner Auffassung von der rechtlichen Natur des Rechts zum unmittelbaren Besitze. Auch die herrschende Lehre muß sich im folgenden, außerhalb des Konkurses liegenden Falle mit einer Dauertrennung von Recht zum Besitz und Eigentums abfinden: wenn der Eigentümer E. eine dem Käufer K. übergebene, aber noch nicht übereignete Mobilie an C. übereignen will, so kann er dies nur nach § 931 B. G. B. K. kann sich dann gegenüber der Klage des C. auf Herausgabe nach § 986 Abs. II mit seinem Recht zum Besitz verteidigen, auch wenn man hierunter mit der herrschenden Lehre lediglich ein Leistungsverweigerungsrecht versteht, das auf dem tatsächlichen Besitz und einer Duldungsverpflichtung des Eigentümers beruht.

Jedoch ist hierbei zu berücksichtigen, daß unter diesen Umständen die im Besitz des Käufers befindliche Fahrnis praktisch für den Konkursverwalter kaum veräußerlich sein dürfte. Eine Dauerspaltung zwischen dem Recht zum Besitz und dem Eigentum wird m. E. tatsächlich kaum zur Entstehung gelangen. Kommt sie vor, so ist die Stellung des unmittelbar zum Besitz Berechtigten die stärkere, da das Eigentum ohne das Recht zum Besitz geradezu als ein jus nudum anzusehen ist. In diesen Fällen dürfte der Rechtsnachfolger des Gemeinschuldners nachgeben und von dem Kaufvertrage mit dem Konkursverwalter zurücktreten, sodaß letzten Endes nach Erfüllung der Rücktrittsverpflichtungen der Gemeinschuldner doch wieder Eigentümer des Kaufobjekts wird und zur Eigen-

tumsübertragung an den im Besitz der Sache befindlichen Käufer gezwungen werden kann.

Außerdem taucht hier noch folgender Gedanke auf: Wenn nicht der Käufer nach der Besitzerlangung in seinem absoluten Recht zum unmittelbaren Besitze durch § 986 Abs. II gegenüber jedem Neuerwerber geschützt wäre, so könnte eventl. in einer Veräußerung des Wagens durch den Konkursverwalter eine rechtswidrige, zum Schadenersatz verpflichtende Handlung erblickt werden. Dieser Gesichtspunkt muß jedoch hier schon deshalb ausscheiden, weil in diesem Falle durch § 986 Abs. II eine Verletzung des Rechts zum Besitze des Käufers verhindert wird.

C. I. 2.

Fall III und IV.

Anders ist die Rechtsstellung eines im Besitze des Kaufobjekts befindlichen Grundstückskäufers zu beurteilen, wenn der Verkäufer (Eigentümer) nach der Besitzüberlassung — sei es vor oder nach der Auflassung — in Konkurs fällt. Ob dem Käufer durch die Besitzübertragung ein unbedingtes oder nur ein auflösend bedingtes Recht zum unmittelbaren Besitze eingeräumt worden ist, hat der Richter auf Grund des vorgetragenen Sachverhalts zu prüfen. Richtunggebend für die Erforschung des Parteiwillens dürfte dabei wiederum die Feststellung sein, ob der Käufer seinerseits schon ganz, teilweise oder überhaupt noch nicht seiner Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises nachgekommen ist.

Ergibt sich hierbei, daß dem Käufer ein unbedingtes oder nur auflösend bedingtes Recht zum Besitze zusteht, so ist er gegenüber der rei vindicatio des Konkursverwalters aus den gleichen Gründen (s. oben S. 53 ff. und 57 ff.) wie in den unter C. 1. 1 dieses Abschnitts erörterten Fällen I und II geschützt.

Dagegen versagt auch das absolute Recht zum Besitz gegenüber einem Neuerwerber, wenn der Konkursverwalter das Grundstück übereignet oder im Wege der Zwangsversteigerung veräußern läßt. Denn grundsätzlich erlischt das Recht zum Besitz des Grundstückskäufers, weil es kein dingliches Recht an der Sache, sondern nur ein persönliches, wenn auch absolutes ist. (Siehe hierzu meine Ausführungen unter B. II. 2 des zweiten Abschnitts S. 38 ff. über die Rechtsnatur des Rechts zum unmittelbaren Besitze als „relatives Darfrecht".) Die Ausnahmevorschrift des § 986 Abs. II, die die Wirkung des Rechts zum unmittelbaren Besitze auch gegen bestimmte Rechtsnachfolger des Eigentümers ausdehnt, gilt nur für den Verkehr mit Mobilien, nicht aber im Liegenschaftsrecht.

Hieraus erhellt, daß das Recht zum Besitz des Grundstückskäufers nur praeventiv geschützt werden kann.

Zu der Frage, in welcher Weise dies geschehen könne, hat der 14. Zivilsenat des Kammergerichts in einer jüngeren Entscheidung, die einen diesem hier vorliegenden Falle ähnlichen Tatbestand behandelt, folgende Stellungnahme eingenommen:

> Der Verkäufer V. hatte dem Käufer K. mehrere Grundstücke laut schriftlichem Vertrage verkauft. Kurze Zeit darauf fand die Auflassung statt[7]). Sowohl der schriftliche Vertrag als auch die Auflassungserklärungen bezogen sich, — wie K. glaubhaft machen konnte, — auch auf ein Grundstück Nr. 88, das jedoch in beiden Verträgen versehentlich nicht ausdrücklich erwähnt worden war. Um sich während der Zwischenzeit, in der K. um die rechtskräftige Feststellung des wahren Inhalts der Auflassungserklärung bemüht war, gegen anderweitige Verfügungen des V. über das Grundstück Nr. 88 zu sichern, beantragte K. die Eintragung einer Vormerkung bezüglich seines vermeintlichen Anspruchs auf Uebereignung des Grundstücks Nr. 88. Der Antrag auf Eintragung einer Vormerkung wurde wegen Nichtigkeit des Kausalgeschäfts abgewiesen, jedoch dem Antrag auf Eintragung eines Veräußerungsverbots hinsichtlich des Grundstücks Nr. 88 gegen V. stattgegeben.

Das Kammergericht (s. J. W. 1925/643) bemerkt hierzu folgendes:

> „Erwirbt der Käufer ein Urteil, welches gegenüber dem Verkäufer feststellt, daß sich die Auflassung auch auf Nr. 88 bezogen hat, so wird der Eintragung nichts im Wege stehen. Inzwischen besteht aber kein schuldrechtlicher Anspruch des Käufers gegen den Verkäufer auf Uebertragung des Eigentums, wie ihn die vom Käufer begehrte Vormerkung voraussetzt, aber doch ein durch die verbindliche Auflassung des Verkäufers geschaffenes Rechtsverhältnis der Parteien. Erkennt man sein Wesen darin, daß der Käufer die rechtliche Möglichkeit hat, die Vollendung des Eigentumsüberganges herbeizuführen, ohne daß ihm der Verkäufer dafür die freiwillig gewährten Grundlagen entziehen kann, so muß es auch zulässig sein, den Käufer dann gegen anderweitige Hindernisse seitens des Verkäufers zu schützen und dazu ist ein Verfügungsverbot nach § 938 Z. P. O. die geeignete Maßregel."

Diese Entscheidung des Kammergerichts hat den besonderen Beifall Rosenbergs[8]) gefunden, während Martin Wolff[9]) sie für

---

[7]) Die Auffassung war aus dem Gesichtspunkt des § 814 B. G. B. nicht kondicierbar.

[8]) J. W. 1925/643.

[9]) a. a. O. § 38 IV Note 25b.

unrichtig hält, weil der Käufer keinen Anspruch gehabt habe, Eigentümer zu werden, sondern nur die rechtliche Möglichkeit, seinen Eigentumserwerb zu vollenden. Martin Wolff scheint aber m. E. den Sinn der Begründung dieser Entscheidung insofern zu verkennen, als er annimmt, das Kammergericht wolle durch die Zubilligung des Veräußerungsverbotes dem Käufer die Verwirklichung eines vertraglichen Anspruchs sichern. Das dürfte nicht der Fall sein, denn es heißt ausdrücklich in dieser Entscheidung, daß ein vertraglicher Anspruch gegen V. nicht besteht, und daß ferner der Käufer gegen die Vernichtung der ihm eingeräumten rechtlichen Möglichkeit, den Eigentumserwerb seinerseits allein ohne Mithilfe des V. zu vollenden, geschützt werden müsse. In Wahrheit stützt also das Kammergericht sein Erkenntnis auf einen quasinegatorischen Unterlassungsanspruch. Zweifelhaft dürfte es jedoch sein, ob sich diese Entscheidung ohne die Anerkennung eines absoluten Rechts zum unmittelbaren Besitze halten läßt. Worin soll das Recht gefunden werden, dessen Verletzung sich der Käufer nach analoger Anwendung des § 1004 verbitten kann? In der dem Käufer erwachsenen rechtlichen Möglichkeit, den Eigentumserwerb zu vollenden? Ich will die Frage, ob hierin ein absolutes Recht zu erblicken ist, dessen objektiv widerrechtliche Verletzung eine quasi-negatorische Unterlassungsklage begründen könnte, nicht entscheiden; denn jedenfalls kann das dem Käufer zustehende absolute Recht zum unmittelbaren Besitze als ein solches verletzbares und schutzwürdiges Rechtsgut angesehen werden[10]).

Voraussetzung hierfür ist allerdings in erster Linie ein objektiv widerrechtlicher Eingriff in das absolute Recht des Käufers zum unmittelbaren Besitz. Kann man dem Konkursverwalter einen solchen Vorwurf machen, wenn er an Stelle des am Grundbuch als Eigentümer eingetragenen Gemeinschuldners das Grundstück an einen Dritten übereignet oder versteigern läßt? Würde der Gemeinschuldner durch die mit der Veräußerung des Grundstücks notwendig verbundene Vernichtung des absoluten Rechts zum Besitze den Käufer widerrechtlich schädigen?

Man ist zunächst geneigt, dies zu verneinen, weil das Eigentum das vollkommene Herrschaftsrecht über die Sache darstellt. Hierbei ist aber zu bedenken, daß, — wenn man die Trenn- und Uebertragbarkeit des Rechts zum unmittelbaren Besitze aus dem Eigentum anerkennt, — nach der Besitzüberlassung an den Berechtigten dem Verkäufer (Gemein-

[10]) Ist die Auflassung noch nicht erfolgt, so besteht eine solche „rechtliche Möglichkeit, die Eintragung herbeizuführen", überhaupt nicht. In diesem Falle kann nur das absolute Recht zum unmittlbaren Besitze den Käufer schützen.

schuldner) möglicher- bezw. sogar normalerweise nur ein eingeschränktes Eigentumsrecht zusteht: Der Verkäufer hat sich durch die Besitzüberlassung, sei es unbedingt oder auflösend bedingt, seines Rechts zum unmittelbaren Besitze entäußert. Wenn ihm die Berechtigung versagt ist, die Herausgabe zu verlangen, muß man ihm auch das Recht absprechen, auf andere Weise den Käufer um sein Recht zum unmittelbaren Besitze zu bringen. Das um dieses Recht geminderte Eigentum des Gemeinschuldners kann daher m. E. die Verletzung des absoluten Rechts zum unmittelbaren Besitze des Käufers nicht rechtfertigen. Ein anderer Gesichtspunkt, aus dem dem Gemeinschuldner die Verletzung des Rechts zum unmittelbaren Besitze gestattet werden könnte, ist mir nicht ersichtlich. Ich bin deshalb der Meinung, daß der Gemeinschuldner durch eine Veräußerung des Grundstücks an einen Dritten das absolute Recht des Käufers zum unmittelbaren Besitze ohne rechtlichen Grund, d. h. „widerrechtlich", verletzen würde.

Mehr Rechte als der Gemeinschuldner kann aber auch der Konkursverwalter nicht ausüben, sofern ihm nicht durch die Konkursordnung besondere Befugnisse zugestanden sind. Nach einem der Fundamentalgrundsätze des Konkursverfahrens ist aber gerade der Konkursverwalter sogar angewiesen, einen Rechtserwerb, der sich vor Konkurseröffnung abschließend zu Gunsten des Kontrahenten des Gemeinschuldners vollzogen hat, unberührt zu lassen. Auch er würde also durch eine Veräußerung des Grundstücks objektiv widerrechtlich in das absolute Recht zum Besitz des Käufers eingreifen. Hiergegen kann der im Besitz des Grundstücks befindliche Käufer nur durch die Zubilligung eines Anspruchs auf Unterlassung der Veräußerung gegen den Konkursverwalter geschützt werden, denn wenn einmal der Eigentumswechsel eingetreten ist, besteht das Recht zum Besitze des Käufers nicht mehr. Nun setzt aber die Unterlassungsklage nach dem Wortlaut des § 1004 grundsätzlich eine bereits tatsächliche Schädigung sowie die Besorgnis ihrer Wiederholung voraus. Jedoch läßt die herrschende Lehre[11]) und Rechtsprechung[12]) auch eine vorbeugende Unterlassungsklage zu, falls die ernsthafte Drohung eines rechtswidrigen Eingriffs vorliegt oder der Eingriff vorbereitet wird. Die ausdehnende Auslegung des § 1004 entspricht auch einem elementaren Billigkeitsbedürfnis, denn man kann niemandem zumuten, untätig die Zerstörung eines vielleicht für

---

[11]) R. G. R. K. a. a. O. § 1004 Anm. 7.
Biermann a. a. O. § 1004 Anm. 1.
Cosack a. a. O. § 60 II 2 S. 218.
Raape a .a. O. Bd. 71 S. 117.
Hedemann a. a. O. § 10 VI b S. 107.
von Tuhr a. a. O. Allg. Teil 1910. I. 1. S. 254.

[12]) R. G. Z. 101/235.

ihn unersetzlichen Rechtsgutes abzuwarten, um dann für seinen Verlust möglicherweise eine wertlose Schadensersatzforderung gegen den Störer zu erhalten.

Wenn also in unserem Falle der Konkursverwalter das Grundstück zum Verkaufe anbietet, oder an das Vollstreckungsgericht den Versteigerungsantrag stellt, oder in anderer Weise ernsthafte Veräußerungsabsicht zeigt, so ist m. E. dem Käufer ein Anspruch auf Unterlassung der Veräußerung gegen den Konkursverwalter zuzubilligen, der im Falle der Dringlichkeit den Erlaß eines eintragungsfähigen Veräußerungsverbotes begründen könnte.

Das Recht zum Besitze schützt also auch hier den Käufer im Ergebnis vor unbilligem Rechtsverlust.

C. II.

Auf dem Gebiete der Zwangsvollstreckung kommt allerdings dem Recht zum unmittelbaren Besitz eine geringere Bedeutung zu.

C. II. 1.

Fall V u. VI.

Denn der im Besitze der Sache befindliche Fahrniskäufer ist — auch wenn er nur ope exceptionis besitzt — gegenüber dem Herausgabeanspruch eines Pfändungsgläubigers, dem der Anspruch des Eigentümers (Verkäufers) durch Pfändungs- und Ueberweisungsbeschluß überwiesen worden ist, durch § 986 Abs. II geschützt. Dies habe ich bereits im ersten Abschnitt unter C. II. 2a Seite 22 ff. näher erläutert.

C. II. 2.

Fall VII.

Praktischen Wert gewinnt das Recht zum Besitz erst wieder für den im Besitz des Kaufobjekts befindlichen Grundstückskäufer. Der nur ope exceptionis zum Besitz berechtigte Käufer kann sich gegen die Zwangsversteigerung des ihm verkauften und übergebenen Grundstücks durch einen Gläubiger seines Verkäufers nicht wehren, sobald dieser die Eintragung des Versteigerungsvermerks erwirkt hat. Eine Vormerkung zur Sicherung des obligatorischen Anspruchs auf Uebereignung des Grundstücks kann der Käufer nun nicht mehr mit Wirkung gegenüber dem Gläubiger des Verkäufers eintragen lassen. Eine Widerspruchsklage gegen die Zwangsvollstreckung des betreibenden Gläubigers ist ihm ebenfalls versagt, weil ihm nach der herrschenden Lehre kein positives, absolutes Recht zum Besitz, sondern nur ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht; infolgedessen kann der vom Reichsgericht entwickelte Grundsatz:

„ein die Veräußerung hinderndes Recht sei immer schon dann anzunehmen, wenn die Veräußerung der den Voll-

streckungsgegenstand bildenden Sache durch den Schuldner dem berechtigten Dritten gegenüber sich als rechtswidrig darstellen würde"

nicht Platz greifen, weil es hiernach dem Käufer an einem nach § 823 verletzbaren Rechte fehlt. (Siehe hierzu meine Ausführungen im ersten Abschnitt C. II. 2b. S. 24 ff.) Dies hat das Reichsgericht neuerdings in seinem Erkenntnis vom 15. 1. 1930 Band 127/7 ff. unter teilweiser Aufgabe seines früheren Standpunkts (Bd. 116/363) insoweit anerkannt, als es zugibt:

„daß dem dinglichen Vollstreckungsrecht eines Hypothekengläubigers gegenüber die nur auf schuldrechtlichem Gebiet liegende Rechtswidrigkeit einer anderweitigen Verfügung dem besitzenden Käufer gegenüber kein Widerspruchsrecht für diesen begründe."

Dem ist auch ohne weiteres zuzustimmen. Wenn jemand ein Grundstück kauft, das bereits belastet ist, oder wenn der Käufer nach Abschluß des Kaufvertrages dem Verkäufer noch eine Belastung des Grundstücks ausdrücklich gestattet (wie im Falle R. G. Z. 127/7 ff.), so muß er natürlich sogar nach seiner Eintragung — und darum erst recht vor der Zeit der Eigentumsüberschreibung — die Vollstreckung aus dem an dem Kaufobjekt bestehenden dinglichen Recht geschehen lassen. Das Befriedigungsrecht nach § 266 B. G. B. kann dem Käufer zwar die Rechte am Grundstück erhalten, zwingt ihn dafür aber zur Befriedigung des betreibenden Gläubigers.

Es taucht aber nun die Frage auf, ob sich der im Besitz des Kaufobjekts befindliche, zum unmittelbaren Besitze berechtigte Grundstückskäufer — gleichgültig, ob die Auflassung erfolgt ist oder nicht — gegen die nach der Einräumung des Rechts zum unmittelbaren Besitz erfolgende Vollstreckung aus einem persönlichen Titel verteidigen kann, sei es, daß nun die Vollstreckung unmittelbar auf eine Versteigerung hinzielt, oder diesen Zweck mittelbar zunächst nur durch eine Belastung dieses Grundstücks erstrebt.

Nach der vom Reichsgericht vertretenen Auffassung von dem Wesen der Widerspruchsklage,

„daß ein die Veräußerung hinderndes Recht schon immer dann anzunehmen sei, wenn die Veräußerung der den Vollstreckungsgegenstand bildenden Sache durch den Schuldner dem berechtigten Dritten gegenüber als rechtswidrig darstellen würde"[13]),

---

[13]) Nach diesem Rechtssatz läßt sich eine Aussonderungsklage allerdings nicht begründen, denn diese setzt, wie sich aus dem Wortlaut des § 43 K. O. ergibt, notwendigerweise die Nichtzugehörigkeit des Vollstreckungsgegenstandes zum Schuldnervermögen voraus.

kann den im Besitze des Kaufobjekts befindlichen Grundstückskäufer auf Grund seines absoluten Rechts zum unmittelbaren Besitze — im Gegensatz zu dem nur ope exceptionis besitzberechtigten Käufer — ein solcher Schutz gewährt werden. Denn eine anderweitige Verfügung des Schuldners über das Grundstück würde in rechtswidriger Weise das absolute Recht des Käufers zum unmittelbaren Besitze verletzen. (Siehe oben dritter Abschnitt C. I. 2 S. 63 ff.) Dies trifft letzten Endes auch dann zu, wenn sich die anderweitige Verfügung des Schuldners bezw. die Vollstreckung des Gläubigers des Verkäufers zunächst nur in einer Belastung des dem Käufer übergebenen Grundstücks durch Eintragung einer Zwangshypothek erschöpft. Ich würde also dem Käufer, wenn ihm ein absolutes Recht zum Besitze zusteht, eine Widerspruchsklage gegen die Zwangsvollstreckung eines persönlichen Gläubigers seines Verkäufers in das in seinem — des Käufers — Besitz befindliche Grundstück zubilligen. Erlischt später das Recht zum Besitz, sei es durch Eintritt einer auflösenden Bedingung oder z. B. durch Condiction wegen Nichtigkeit des Kausalvertrages, dann steht natürlich einer Vollstreckung in das Grundstück nichts mehr im Wege.

Mit Rücksicht auf die Publizitätswirkungen des Grundbuchs muß allerdings eine Widerspruchsklage gegen den Rechtsnachfolger des Zwangshypothekengläubigers versagen. Hier ist m. E. der zum absoluten Besitz berechtigte Grundstückskäufer gleich einem Eigentümer zu behandeln und § 1138 entsprechend auf ihn anzuwenden. Wenn selbst der Eigentümer nach Maßgabe der §§ 1138, 891—897 seiner Gegenrechte gegen die Hypothek verlustig geht, muß dies ebenso für den nur unmittelbar zum Besitze Berechtigten gelten. Bis zur Durchführung der Widerspruchsklage gegen den ersten Zwangshypothekengläubiger mit dem Ziele der Löschung der Zwangshypothek könnte der absolut zum Besitze berechtigte Grundstückskäufer durch die Eintragung eines Veräußerungsverbotes gegen etwaige, ihm gegenüber wirksame Verfügungen des Zwangshypothekengläubigers über die Hypothek geschützt werden.

Um einem etwaigen Bedenken zu begegnen, sei noch bemerkt, daß die Zubilligung der Widerspruchsklage an den zum unmittelbaren Besitz berechtigten Grundstückskäufer nicht etwa die vom Gesetz zur Sicherung des obligatorischen Anspruchs auf Einräumung eines Rechts am Grundstück geschaffene Vormerkung überflüssig macht. Die Eintragung der Vormerkung setzt lediglich einen gültigen kausalen Anspruch voraus, dessen Erfüllung sie garantieren soll. Sobald der Versteigerungsvermerk oder eine Zwangshypothek zugunsten eines

Gläubigers des noch eingetragenen Verkäufers im Grundbuch v o r der Vormerkung eingetragen wird, kann sie die Erfüllung eines Uebereignungsanspruches oder den lastenfreien Erwerb des Kaufobjekts nicht mehr gewährleisten. Anders wirkt die Widerspruchsklage; sie setzt zunächst voraus, daß der Käufer bereits ein Recht zum unmittelbaren Besitze erlangt hat; hiernach muß also die Besitzübertragung schon erfolgt sein. Während die Vormerkung nach der Eintragung des Versteigerungsvermerks oder einer dinglichen Belastung versagt, ist gerade jetzt die Widerspruchsklage noch geeignet, den Käufer vor unbilligem Rechtsverlust zu schützen.